

## *El positivismo post Postscript y la admisión de criterios de validez material\**

Patricia Cuenca Gómez \*\*

El *Postscript* de Hebert L. A. Hart a la segunda edición de su obra *El Concepto del Derecho*<sup>1</sup> constituye un trabajo de referencia que sentó en gran medida las cuestiones fundamentales que han sido objeto de reflexión en las últimas décadas en el ámbito de la filosofía del Derecho<sup>2</sup>.

De entre los diversos temas abordados por Hart en el *Postscript* en polémica con Dworkin que han influido en el desarrollo ulterior del positivismo jurídico, mi reflexión en estas páginas girará en torno a la posible admisión de criterios materiales de validez jurídica, posibilidad de la que parecería depender la capacidad del positivismo para abordar con éxito el principal reto al que tiene que enfrentarse en la actualidad, esto es, dar cuenta de la realidad del funcionamiento del Derecho del constitucionalismo.

Por lo que respecta al protagonismo del *Postscript* en este debate cabe destacar su incidencia directa en la consolidación del denominado positivismo incluyente o incorporacionista<sup>3</sup>. Si bien es cierto que algunas de las propuestas de esta corriente surgen —siempre con el transfondo de la polémica

---

\* Agradezco a Rafael Escudero Alday, actual Director de la Revista Telemática de Filosofía del Derecho y de cuya mano me aproximé por primera vez al *Postscript* y al enfrentamiento entre el positivismo incluyente y excluyente durante mis cursos de Doctorado, su invitación a participar en este número. En todo caso, también quisiera reconocer la labor de Roberto M. Jiménez Cano como antiguo Director y editor-fundador de esta publicación y agradecerle su amistad y también su compañía —en el sentido de auténtico compañerismo en momentos duros— durante el tiempo en el que se desempeñó como profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad Carlos III de Madrid.

\*\* Profesora de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid (España).

<sup>1</sup> HART, H.L.A., *The Concept of Law*, 2 ed., Oxford: Clarendon Press, 1994. El *Postscript* editado por P. A. Bulloch y J. Raz se incluye en las páginas 238-276. En este trabajo utilizaré la traducción castellana incluida en RODRÍGUEZ, C., (ed.), *La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin*, Bogotá: Siglo de oro editores, 1997, pp. 15-88.

<sup>2</sup> Y ello no sólo porque este trabajo constituye una pieza esencial del debate —central en la teoría del Derecho contemporánea— entre Hart y Dworkin, sino también porque su autor aprovecha la respuesta a las críticas dworkinianas para aclarar ciertas oscuridades o confusiones a los que, a su modo ver, podían dar lugar algunos de los planteamientos expresados en la primera edición de *El concepto de Derecho* una de las expresiones más influyentes del positivismo jurídico.

<sup>3</sup> Vid. entre los representantes de este corriente entre otros WALUCHOW, W., *Inclusive Legal Positivism*, Oxford: Clarendon Press, 1994, COLEMAN, J., *The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press, 2001. En el ámbito español destaca la aproximación de MORESO, J.J., “En defensa del positivismo inclusivo” en REDONDO, C. y NAVARRO, P., comps., *La relevancia del Derecho. Ensayos de ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona: Gedisa, 2002, pp. 93-116.

Hart/Dworkin— con anterioridad a la publicación de este trabajo, no es menos cierto que el incorporacionismo encuentra un punto de referencia fundamental y se aferra como argumento de autoridad al positivismo suave o blando (en inglés *soft positivism*)<sup>4</sup> al que adscribe Hart su planteamiento en el *Postscript* al considerar errónea la interpretación realizada por Dworkin que encuadra su posición dentro de lo que califica como un positivismo “duro”, o “de los hechos duros”<sup>5</sup>.

En relación con la cuestión sobre la que me interesa reflexionar, el positivismo incluyente vendría a afirmar que, de acuerdo con los postulados positivistas, cabe que los principios y valores morales —podríamos decir genéricamente los contenidos morales— actúen, de la misma manera en la que operan los criterios formales o de *pedigree*, como criterios de validez de naturaleza material. En todo caso, interesa resaltar que el positivismo jurídico incluyente o incorporacionista interpreta la apelación a un criterio material de validez en términos de corrección moral<sup>6</sup> lo que, consecuentemente, le conduce a redefinir, matizar o adaptar —aunque insiste en que ello no supone abandonar— las tesis tradicionales del positivismo jurídico presentándose, en este sentido, como una suerte de positivismo renovado.

Pues bien, el debate en torno al positivismo incluyente conoció su auge tras la publicación del *Postscript* en 1994 manteniendo un importante protagonismo durante la primera década del siglo XXI. Sin embargo, en los últimos años, esta corriente parece haber experimentado un acusado ocaso, siendo cada vez menos las publicaciones que lo desarrollan o defienden<sup>7</sup>.

A mi modo de ver, las razones de esta decadencia tienen que ver con lo certero de las críticas que se han planteado al positivismo incluyente tanto desde las filas antipositivistas como, quizá sobre todo, desde el interior del propio positivismo jurídico. Estos planteamientos que —debido a su rechazo a

---

<sup>4</sup> ESCUDERO ALDAY, R., *Los calificativos del positivismo jurídico*, Madrid: Thomson-Civitas, 2004, p. 29.

<sup>5</sup> Y ello porque, según HART, H.L.A. “Postscript”, cit., p. 26 su teoría tan sólo requiere que la fundamentación exclusiva en hechos sociales de la existencia y el contenido de la regla de reconocimiento, como regla última que proporciona los criterios de validez jurídica, pero no exige que los criterios de validez jurídica que tal regla proporciona “deban consistir exclusivamente” en cuestiones “de meros hechos” que tengan que ver exclusivamente con el pedigrí, y, por ende, referidos exclusivamente a la “manera y forma” de la adopción y creación de derecho.

<sup>6</sup> Sostienen que el criterio material que “incorporan” los incluyentes consiste en la adecuación de las normas a la moral correcta, entre otros, BAYÓN, J. C., “Derecho, convencionalismo y controversia” en Navarro, P. E. y Redondo, C., (comps.), *La relevancia del Derecho. Ensayos de Filosofía jurídica, moral y política*, Gedisa: Barcelona, 2001, pp. 57-92, pp. 72 y 72; ESCUDERO ALDAY, R., *Los calificativos del positivismo jurídico*, cit., p. 250 y R. M., *Una metateoría del positivismo jurídico*, Marcial Pons: Madrid, 2008, pp. 226 y ss.

<sup>7</sup> ETCHEVERRY, J.B., “El ocaso del positivismo jurídico incluyente”, *Persona y Derecho*, nº67, 2012, pp. 411-447.

las tesis incorporacionistas— se han calificado como positivistas excluyentes<sup>8</sup> han puesto de relieve los límites, las contradicciones y la falta de adecuación a las premisas positivistas de la versión incluyente. Pero creo que este declive también está relacionado con un cierto agotamiento en relación con la manera en la que se ha desarrollado el positivismo incluyente, más ocupado y preocupado en demostrar su propia viabilidad como una teoría intermedia y claramente diferenciada, de un lado, del positivismo “tradicional” y, de otro, del antipositivismo dworkiniano que en explicar la realidad del funcionamiento del Derecho<sup>9</sup>.

No obstante, en mi opinión, el fracaso del positivismo incluyente no tiene por qué implicar dar la razón en todo a sus detractores. En este sentido, considero posible rechazar la existencia de un compromiso necesario e insoslayable entre el positivismo jurídico y la defensa de la exclusividad de los criterios formales de validez, tesis que parece subyacer a las objeciones al incorporacionismo formuladas tanto desde dentro como desde fuera de la tradición positivista. O, en otras palabras, me parece que puede defenderse la relevancia de los contenidos materiales en la cuestión de la validez jurídica en términos plenamente compatibles con el positivismo jurídico, y, lo que se me antoja más relevante, creo que una explicación positivista de esta importancia resulta una mejor descripción del modo en el que opera y se contempla socialmente el fenómeno jurídico (y no sólo ofrece una mejor imagen del funcionamiento del Derecho del constitucionalismo, si bien la plausibilidad de dicha tesis resulta especialmente importante en este contexto). En lo que sigue expondré de manera sintética mi planteamiento particular en torno a esta cuestión<sup>10</sup>.

A mi modo de ver, una adecuada explicación de la operatividad en los sistemas jurídicos de criterios materiales de validez no requiere moderar o reformular los postulados básicos del positivismo jurídico —y, por tanto, no exige su renovación<sup>11</sup>— pero sí reclama una comprensión adecuada de su

---

<sup>8</sup> Como representante paradigmático de esta corriente suele citarse a RAZ, J., Vid. por ejemplo “Incorporation by Law”, *Legal Theory*, vol. 10, pp. 1-17. En el ámbito español han defendido esta visión tanto R. Escudero como R.M. Jiménez Cano.

<sup>9</sup> ETCHEVERRY, J.B., “El ocaso del positivismo jurídico incluyente”, cit., pp. 445 y 446.

<sup>10</sup> Un desarrollo exhaustivo de esta visión puede verse en CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, Madrid: Dykinson, 2008. Y un análisis concreto de la compatibilidad de esta propuesta con el positivismo jurídico que incide en sus diferencias con las versiones incluyente y excluyente, y en la que he basado en parte mi reflexión en estas páginas, puede verse en CUENCA GÓMEZ, P., “Sobre el iuspositivismo y los criterios de validez jurídica”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº25, 2008-2009, ppp. 207-234.

<sup>11</sup> De hecho, en mi opinión, tanto quienes mantienen que la correcta descripción del Derecho del constitucionalismo implica la superación del positivismo jurídico como quienes defienden la necesidad de un positivismo renovado lo hacen bien en relación con la expresión clásica de esta teoría en los planteamientos formalistas del siglo XIX o bien —y me parece que esto es lo más común entre los renovadores— parten de una interpretación simplificadora de las principales

sentido. Al mismo tiempo, creo que el respeto de estos postulados delimita las razones y el alcance de la relevancia de los contenidos materiales en la cuestión de la validez jurídica en el marco de una aproximación positivista al fenómeno jurídico.

Como es sabido, la asunción de una concepción positivista implica en esencia entender que la existencia y el contenido del Derecho depende de ciertos hechos sociales comprobables empíricamente y no de evaluaciones o valoraciones morales. O, en términos hartianos, supone asumir la tesis de las fuentes sociales del Derecho, que lleva aparejada la de su separación conceptual de la moral y como lógico corolario, la tesis de la neutralidad valorativa que presupone que es posible una aproximación teórica (descriptiva, explicativa y no prescriptiva, valorativa o justificatoria) objetiva o neutral (no participativa o comprometida) al fenómeno jurídico.

Ahora bien, conviene tener presente que la adopción de estas tesis es compatible con diversas descripciones o teorías del Derecho dejando margen para más de una especificación posible<sup>12</sup>. En este sentido, conviene aclarar que mi reflexión se mueve en el marco de una concepción positivista normativista o sistemática<sup>13</sup>, enfrentada a las concepciones decisionistas extremas, que contempla el Derecho como un sistema de normas, aunque no como un sistema perfecto<sup>14</sup>, y que implica hacer depender la validez de una norma jurídica de normas jurídicas previas (y superiores).

Hecha esta aclaración, interesa señalar que ni la tesis de las fuentes sociales, ni la tesis de la separación conducen, necesariamente, a rechazar la relevancia de los criterios materiales de validez.

En efecto, desde mi punto de vista, la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral debe ser interpretada en términos de independencia del Derecho respecto de la moral correcta pero no en relación con cualquier moral, lo que implica la imposibilidad de identificar previamente unos contenidos que, por su justificación moral, necesariamente tengan que respetar

---

teorías positivistas del siglo XX, básicamente de las propuestas hartiana y kelseniana. Me parece que el positivismo garantista o crítico de L. Ferrajoli que aplica a ambas teorías el calificativo de paleopositivismo es un buen ejemplo de esta simplificación

<sup>12</sup> SUCAR, G. y CERDIO, J., "Introducción" en G. Sucar y J. Cerdio (eds.), *Derecho y verdad. Vol. IV. Problemas*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017, pp. 9-594, p. 13.

<sup>13</sup> Aunque no puedo detenerme en esta idea considero posible afirmar que la visión sistemática constituye una de las señas de identidad del positivismo jurídico, entendido como una aproximación teórica a lo jurídico susceptible de diferenciarse de la teoría realista más radical que asumiría una concepción decisionista. En todo caso, en sentido amplio, también el realismo puede ser contemplado como un tipo de positivismo, precisamente, por asumir las dos tesis metodológicas antes apuntadas. En este sentido, cabría diferenciar en el plano teórico entre un positivismo sistemático o normativista y un positivismo decisionista o realista.

<sup>14</sup> Lo que separaría a esta posición del positivismo formalista del siglo XIX.

las normas jurídicas como condición de validez, pero no exige negar la evidencia de que todo sistema jurídico incorporará unos contenidos morales<sup>15</sup>, los que sean, ni implica rechazar que tales contenidos puedan incidir en la cuestión de la validez jurídica.

Asimismo, la admisión de criterios materiales de validez no contradice la tesis de las fuentes sociales –que, conviene precisar, en la versión que asume el positivismo sistemático no reduce el Derecho a hechos sociales brutos o a actos de voluntad arbitrarios<sup>16</sup>– siempre y cuando se afirme que los contenidos relevantes a estos efectos son exclusivamente aquellos integrados en el sistema por la decisión de un órgano competente y, en última instancia, aquellos que resulten eficaces (o, si se prefiere, en términos hartianos, aquellos sobre los que converja una práctica común de seguimiento).

En definitiva, el análisis de la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral y de la tesis de las fuentes sociales pone de relieve que una explicación positivista de la presencia y operatividad en el sistema jurídico de criterios de validez material tiene que afirmar que esos criterios no valen *proprio vigore*<sup>17</sup>, por su corrección moral, sino por haber sido incorporados en fuentes

---

<sup>15</sup> A mi modo de ver esta visión puede ser explicada haciendo referencia a la existencia de una conexión aleatoria entre Derecho y moral en lugar aludir a una conexión contingente como parece preferir Hart, Vid. por ejemplo *Postscript*, cit., p. 49. Y ello porque el uso del término aleatoria enfrentado a cierta, expresa mejor la idea de que todo Derecho incorpora contenidos de moralidad, si bien éstos pueden ser cualesquiera - y, por ende, también contenidos que no merezcan la consideración de moralmente valiosos, como muy bien se ocupa de precisar Hart – y no unos contenidos determinados. Ciertamente, el término contingente enfrentado a necesario, puede dar la impresión de que es posible aludir a un Derecho “que no incorpore contenido alguno de moralidad (sea éste el que sea)”, DE ASÍS ROIG, *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Dykinson: Madrid, 1999, p. 27. De hecho, a mi modo de ver, cuando Hart emplea el adjetivo contingente lo hace más bien para expresar la idea de que todo Derecho incorpora unos contenidos sustantivos, y que contingentemente –por tanto, no siempre – esos contenidos pueden ser expresión de la moral correcta.

<sup>16</sup> En efecto, el positivismo sistemático introduce ciertos filtros que limitan los hechos jurídicos que cuentan como jurídicos, exigiendo, en primer lugar –limitación que se relaciona con la presencia de criterios formales de validez– que se trate de hechos a los que el propio sistema jurídico haya otorgado el carácter de fuente de Derecho y que se manifiestan de la forma preestablecida. Como señala JIMÉNEZ CANO, R.M., *Una metateoría del positivismo jurídico*, Marcial Pons: Madrid, 2008, p. 99, la verificación empírica de que un individuo ha formulado una norma “no es requisito suficiente para acreditar la existencia de una norma jurídica”, pues para ello “se necesita que el individuo o institución que ha formulado la norma pueda ser considerado competente en relación a otra norma jurídica ... La validez de las decisiones depende de normas jurídicas previas”. La presencia de criterios materiales supondría un segundo filtro que implica apelar también, en la concepción aquí asumida, a normas jurídicas previas.

<sup>17</sup> HART, H.L.A., “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, trad. de L. Hierro, F. Laporta y J. R. de Páramo, *Sistema*, nº 36, pp. 3-18, p. 7. Algunos planteamientos incluyentes parecen no asumir esta explicación al considerar que ciertos principios morales son válidos y condicionan la validez jurídica por su propia corrección moral, lo que implicaría manejar una teoría axiológica de la validez que les acerca en exceso a la posición de Dworkin.

sociales; y que su influencia en la determinación de la validez jurídica tampoco depende del juicio que nos merezca la opción moral que traducen, sino de su integración en normas superiores. Asumiendo esta explicación, a diferencia del positivismo excluyente, esta visión considera que el contenido de las normas es un dato relevante en la identificación de las normas jurídicas válidas; pero, a diferencia de las propuestas incluyentes, entiende como un dato irrelevante la valoración moral de dicho contenido.

En todo caso, la capacidad operativa de los contenidos materiales incorporados al sistema para condicionar la validez de las decisiones jurídicas y la compatibilidad de ese condicionamiento con las premisas positivistas depende de un modo básico de la concepción de la interpretación jurídica que se maneje y, en concreto, de la posición que se adopte en torno al problema de la determinación del sentido de tales contenidos. En este punto cobra relevancia la tercera de las tesis positivistas apuntadas por Hart, esto es, la tesis de la discrecionalidad.

En la propuesta teórica del positivismo sistemático esta discrecionalidad, a pesar de ser una discrecionalidad fuerte, no es una discrecionalidad total — como mantiene el escepticismo radical propio de las concepciones decisionistas al que claramente se enfrenta Hart<sup>18</sup> — sino una discrecionalidad limitada que presupone la relativa determinación del Derecho y, por ende, la de los contenidos materiales que incorpora<sup>19</sup>.

Pues bien, la determinación de estos contenidos no tiene por qué implicar el conocimiento de una moral objetiva — lo que supondría transgredir por vía interpretativa la tesis de las fuentes y de la separación — como parece presuponer el positivismo incluyente siguiendo de nuevo muy cerca en este punto el planteamiento de Dworkin<sup>20</sup>. Por el contrario, esta determinación (en cualquier caso, relativa) puede justificarse en términos compatibles con el positivismo jurídico — y de nuevo coherentes con la propuesta hartiana — recurriendo al lenguaje como práctica social y, en concreto, a la noción de significado literal en tanto significado dependiente de reglas que se decantan a partir de la existencia de usos y convenciones compartidos en una determinada comunidad lingüística (esto es, de cuestiones de hecho)

---

<sup>18</sup> Vid. HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, trad. de G. Carrio, Buenos Aires: Abedelo-Perrot, 1998, pp. 182 y ss.

<sup>19</sup> Si bien, de nuevo, no puedo desarrollar en detalle esta idea cabe apuntar que afirmar la radical indeterminación del Derecho no sólo haría inviable la idea de sistema — al hacer inservibles tanto los criterios de validez formal como los criterios de validez material — sino también la función del Derecho como guía de conducta.

<sup>20</sup> En efecto, las propuestas incluyentes que consideran que los principios morales no son válidos propio *vigore*, sino que deben ser incorporados en fuentes, mantienen, sin embargo, que la identificación del contenido de los principios morales incorporados en fuentes que condiciona la validez de las normas jurídicas depende de la moral correcta.

Desde esta óptica el criterio de validez material presente en los sistemas jurídicos se resumiría en la exigencia de no transgresión del significado literal de los contenidos de las normas superiores, y, en última instancia, de las normas constitucionales. Vistas así las cosas, los juicios de validez material no implican, tampoco en el plano interpretativo, desarrollar una argumentación genuinamente moral, ni realizar una indagación evaluativa o valorativa. Y, por tanto, no se contrae ningún compromiso con un objetivismo moral más o menos potente –ausencia de compromiso que Hart considera un rasgo del positivismo que no respeta su versión incluyente<sup>21</sup>– aunque sí con un objetivismo semántico modesto o moderado.

Ciertamente, en esta aproximación la adecuación material de la que se hace depender la validez de las normas jurídicas, no exige recurrir a parámetros morales objetivos que el intérprete pueda descubrir más allá de los límites del Derecho –o integrar en sus confines como pretenden Dworkin y algunos de los partidarios del positivismo incluyente– sino a contenidos incorporados en fuentes y a criterios extraídos del lenguaje. La validez, por tanto, puede seguir siendo explicada en términos de hechos sociales, si bien estos hechos sociales no tienen que ver únicamente con el pedigrí o la forma de creación de las normas, sino también con su contenido<sup>22</sup>.

Importa precisar que en tanto el significado literal de los enunciados jurídicos y, por ende, también el de los contenidos materiales que incorporan, es tan sólo, desde la visión propia del positivismo sistemático contemporáneo, relativamente determinado caben diversas interpretaciones de tales contenidos, pero no vale cualquier interpretación. En todo caso, la elección discrecional entre las opciones interpretativas posibles es –como señalan los partidarios del positivismo excluyente y también Hart– imputable a la creatividad del intérprete, responde a consideraciones extrajurídicas y su validez, depende, únicamente, de la competencia del órgano que escoge.

El análisis de la corrección de esta elección –pero no ya el de su validez– exigiría desarrollar una teoría de la argumentación que implicaría, ahora sí, asumir alguna suerte de objetivismo moral. En este punto se ha indicado que, precisamente, uno de los déficits que presenta el positivismo en el contexto del Derecho del constitucionalismo radica en la nula atención que presta a la tarea argumentativa y al razonamiento jurídico. Con independencia de que esto sea así, considero esencial precisar que, aunque el positivismo

---

<sup>21</sup> En este sentido se afirma que cualquier forma “genuina” de positivismo incluyente se compromete con el objetivismo moral, BAYÓN, J.C. “Derecho, convencionalismo y controversia”, cit., p. 74. Para no dejar de lado la tesis de la discrecionalidad los autores incluyentes han tildado su objetivismo moral de “modesto” y han considerado que no siempre que el derecho apela a la moralidad es posible hallar una única respuesta correcta por lo que en los casos difíciles los jueces tendrían discreción.

<sup>22</sup> En este sentido y frente al positivismo incluyente se estaría manejando una versión fuerte de la tesis de las fuentes.

puede y debe detectar la importancia de la argumentación en el funcionamiento del Derecho y, resaltar su especial importancia en las coordenadas del Estado Constitucional, la propuesta concreta de una teoría de la argumentación o de la corrección excede de sus competencias y rebasa su campo de reflexión, en tanto supone adoptar una posición prescriptiva sobre el Derecho justo y no ya un planteamiento descriptivo sobre el Derecho válido. Es más, es este plano de la corrección donde, debidamente reinterpretadas, las propuestas argumentativas defendidas desde el antipositivismo encontrarían su enclave más apropiado.

En conexión con lo anterior, me interesa señalar la importancia de mantener la distinción entre validez y corrección como un rasgo básico de toda aproximación positivista al fenómeno jurídico<sup>23</sup>. De acuerdo con esta dicotomía y en consonancia con la tesis de la discrecionalidad, cabría hablar, también en el marco del Derecho de constitucionalismo, de decisiones válidas –desde la visión que aquí se propone por respetar los criterios formales, órgano competente y procedimiento adecuado, y materiales, no transgresión del sentido literal de los contenidos de las normas superiores– pero moralmente incorrectas. Ello supone desterrar cualquier ejercicio legitimador del Derecho, impide la conversión de las autoridades jurídicas en autoridades morales<sup>24</sup> y permite, en definitiva, mantener la posibilidad del juicio crítico y la independencia de la obligación jurídica con respecto a la obligación moral tal y como la sostiene el positivismo –y en la que insiste en particular el positivismo hartiano<sup>25</sup>– incluso en el Estado Constitucional.

Para cerrar esta reflexión me referiré a los argumentos más contundentes que se han venido esgrimiendo desde las filas del positivismo –y no sólo por quienes se adscriben expresamente al positivismo excluyente<sup>26</sup>– para desmentir la importancia de los contenidos materiales en la determinación de la validez jurídica centrados en la cuestión de las normas irregulares y las decisiones últimas. En este punto se considera que una adecuada descripción del funcionamiento del Derecho –pretensión como venimos reiterando considerada central en el programa positivista– exige admitir que, al final, lo único relevante en la determinación de la (in)validez jurídica son los criterios formales. Y ello por dos razones estrechamente relacionadas. En primer lugar, porque la (presunta) vulneración de los contenidos materiales sólo tiene consecuencias para la validez jurídica a partir de la decisión del órgano competente. Y, en segundo lugar, porque esta invalidez material sólo opera a

---

<sup>23</sup> DE ASÍS ROIG, R., *El Juez y la motivación en el Derecho*, Madrid: Dykinson, p.133.

<sup>24</sup> Advierte sobre este peligro ESCUDERO ALDAY, R. *Los calificativos del positivismo jurídico*, cit., p. 242.

<sup>25</sup> Vid. en este sentido las ventajas que HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., pp. 259-261 predica del concepto amplio de Derecho.

<sup>26</sup> Vid. estos argumentos en los planteamientos excluyentes de ESCUDERO ALDAY, R., *Los calificativos del positivismo jurídico*, cit., pp. 236 ss., y JIMÉNEZ CANO, R.M., *Una metateoría del positivismo jurídico*, cit., pp. 233 y ss.

partir de la interpretación que dicho órgano y, en caso de controversia el máximo órgano competente, realiza de tales contenidos; interpretación que, en última instancia, “vale” cualquiera que sea su sentido<sup>27</sup>.

En virtud de estos argumentos las normas que trasgreden los criterios materiales de validez se consideran normas válidas, con carácter provisional o definitivo, y su validez descansa exclusivamente en criterios formales: en la competencia del órgano que las emite o que las declara válidas. La relevancia de los criterios materiales no afectaría, por tanto, a la validez jurídica, sino que quedaría relegada a la crítica de las normas que los vulneran<sup>28</sup>.

A mi modo de ver, estos argumentos pueden rebatirse a partir de la consideración de que lo que vale para el contenido vale también para el órgano y el procedimiento, y viceversa, por lo que su aceptación supondría el completo derrumbe del concepto de sistema normativo.

En esta línea, frente al primero de los argumentos apuntados, cabe sostener que la realidad del funcionamiento de los órdenes jurídicos muestra que también es posible encontrar normas que vulneran los criterios formales de competencia y procedimiento que, de aceptarse esta línea de fundamentación, tendrían que considerarse normas válidas hasta la concurrencia de un pronunciamiento oficial de invalidez.

Frente al segundo de los argumentos puede señalarse, en primer lugar, que tomarse en serio el rasgo de la relativa determinación exige insistir en que los enunciados jurídicos materiales poseen también un significado mínimo –o como prefiere Hart un núcleo de significado cierto<sup>29</sup>– respecto al cual los órganos competentes para desarrollarlos o aplicarlos –incluidas las autoridades finales– pueden acertar o equivocarse<sup>30</sup> dando lugar cuando erran a normas que no se conforman objetivamente a Derecho. Y, en segundo lugar, importa resaltar que si se mantiene la discrecionalidad total de los juicios de validez material –y en particular de los juicios últimos considerando inútil en

---

<sup>27</sup> Se trata de la que HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, cit., p. 175, calificó como la “última y más interesante forma de escepticismo ante las reglas” que apela al “hecho de que la decisión de un tribunal ocupa una posición única como algo que posee autoridad, y, si se trata de tribunales supremos, autoridad final”.

<sup>28</sup> ESCUDERO ALDAY, R., *Los calificativos del positivismo jurídico*, cit., pp. 238 y 239, JIMÉNEZ CANO, R.M., *Una metaeoría del positivismo jurídico*, cit., p. 239

<sup>29</sup> Si bien, de nuevo no puedo detenerme en la justificación de esta idea, la consideración del significado determinado de los enunciados como un significado mínimamente determinado (y no parcialmente determinado que sería la visión manejada por Hart) puede superar algunas de las críticas que se plantean a la visión hartiana de la interpretación.

<sup>30</sup> Aunque es cierto que como señala ESCUDERO ALDAY, R., “De la constitucionalización a la indeterminación. Retos y desafíos del positivismo jurídico”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº4, 2010, pp. 395-415, p. 413 los órganos competentes interpretan la disposición cuyo contenido deben respetar de forma que sus decisiones se adapten a tal contenido, hay que advertir que estas disposiciones no admiten cualquier interpretación.

este punto la distinción planteada por Hart entre la infalibilidad y la definitividad de las decisiones jurídicas<sup>31</sup>— lo mismo habría que sostener en relación con los juicios de validez formal en tanto se trata en ambos casos de juicios que consisten en comprobar el cumplimiento de requisitos de contenido o de forma contemplados en normas superiores y que involucran, por ende, una tarea interpretativa<sup>32</sup>. De este modo, uno de los principales desafíos que se plantea a las propuestas positivistas que afirman la irrelevancia de los criterios sustantivos de validez consiste en justificar una teoría de la interpretación que defienda al mismo tiempo el carácter absolutamente indeterminado de las disposiciones jurídicas que se refieren a cuestiones materiales y el carácter absolutamente determinado de las que aluden cuestiones formales<sup>33</sup>. Esta teoría, en mi opinión, es difícilmente sostenible —y chocaría, además, con la visión de Hart<sup>34</sup>— en tanto la diferencia entre ambos tipos de enunciados se presenta, cuando existe, como meramente cuantitativa y no cualitativa.

En cualquier caso, la objeción decisiva que cabe formular a quienes defienden que sólo los criterios formales importan a la hora de identificar el Derecho válido consiste en poner de relieve que la noción de validez formal que consideran determinante termina vaciándose de sentido, o adquiriendo un significado distinto al que, en principio, le atribuyen. Ciertamente, la afirmación de que la validez de las normas no se ve afectada por el supuesto respeto a un criterio material apela al hecho de que, incluso admitiendo la posibilidad de que, en algunos casos, pueda determinarse de forma objetiva que las autoridades jurídicas han vulnerado ese hipotético criterio sustantivo, sus decisiones son reconocidas como válidas, precisamente, por haber sido creadas por un órgano competente lo que demostraría que el criterio material no añade nada a la determinación de la validez jurídica que dependería en exclusiva de criterios formales. Ahora bien, otra vez, lo mismo puede suceder, como cuestión de hecho, con las normas que vulneran los criterios formales, que también pueden ser reconocidas como válidas a pesar de no haber sido adoptadas por un órgano competente, por lo que, consecuentemente, habría que mantener que tampoco estos criterios serían relevantes para la cuestión de la validez. Lo anterior conduciría a sostener que cualquier mandato positivo que consiga ser eficaz, reconocido por los operadores jurídicos y obedecido por los ciudadanos, debe ser contemplado como una norma jurídica válida. O, dicho en otros términos, desde esta visión, la validez del Derecho descansaría exclusivamente en la capacidad de coacción física o psicológica de quien lo impone.

---

<sup>31</sup> Apunta HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, cit., p. 179, que, sólo cuando se habilita al tanteador para decidir según su arbitrio y no según la regla del tanteo, “las decisiones del tanteador serían a la vez definitivas e infalibles, o mejor dicho, la cuestión sobre su falibilidad o infalibilidad carecería de sentido, porque respecto de nada podría acertar o equivocarse”.

<sup>32</sup> JORI, M., “La cicala e la formiga” en *Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli*, a cura di L. Gianformaggio, Giappichelli: Torino, 1993, pp. 66-119, pp. 85 ss.

<sup>33</sup> DE ASÍS ROIG, R., *El Juez y la motivación en el Derecho*, cit., p. 120

<sup>34</sup> Y ello porque como es sabido Hart considera que la dualidad entre un núcleo de certeza y una zona de penumbra se proyecta en cualquier enunciado jurídico.

Considero que en este punto el positivismo jurídico se enfrenta a un difícil dilema, o bien asume esta visión decisionista radical abandonando la idea de sistema o bien admite que la validez jurídica depende, también en última instancia, de criterios tanto formales como materiales. A mi modo de ver, la primera opción supone un error de carácter conceptual, pero, además, implica manejar una descripción errónea de lo que opera y puede operar socialmente como Derecho. Por su parte, la segunda opción exige asumir que, en efecto, pueden existir normas inválidas –por no ajustarse a los criterios formales o materiales establecidos en otras normas del sistema– que, no obstante, operan en la práctica jurídica como si de normas válidas se tratase<sup>35</sup>.

En mi opinión, la presencia de normas –formal o materialmente– irregulares expresa la existencia de un conflicto entre el Derecho sistemáticamente válido y el Derecho efectivo que se aplica y se obedece que revela los límites de la idea de sistema, mostrando su insuficiencia para identificar todas las normas que de facto cuentan como jurídicas. No obstante, creo que esta limitación no debe conllevar el abandono del concepto de sistema pues, si bien sólo el funcionamiento regular del Derecho puede ser estrictamente reconducido a este concepto<sup>36</sup>, no conviene perder de vista que ese funcionamiento regular es también su funcionamiento ordinario o cotidiano. En efecto, los criterios formales y materiales de validez son de hecho utilizados como pautas de identificación de las normas jurídicas válidas, por lo que se respetan con carácter general y, más aún, incluso las decisiones jurídicas –irregulares– que los vulneran tratan de presentarse como válidas apelando al cumplimiento de ambos tipos de criterios.

Creo que este segundo camino que supone, en alguna medida, combinar la perspectiva sistemática y la decisionista es más prometedor para un positivismo jurídico que pretenda configurarse como una teoría jurídica integral capaz de explicar la realidad del funcionamiento del Derecho –y en especial del Derecho del constitucionalismo donde aparece como novedad la posible presencia de leyes materialmente inválidas– en toda su complejidad<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> Vid. las críticas a esta idea formuladas por ESCUDERO ALDAY, R., *Los calificativos del positivismo jurídico*, cit., p. y 239.

<sup>36</sup> Precisamente, la teoría de la cláusula alternativa tácita formulada por Kelsen intenta reconducir también las normas irregulares a la idea de sistema, en tanto su neokantismo le impide hacerse cargo del conflicto entre el Derecho válido y el Derecho efectivo.

<sup>37</sup> Adoptar este camino exige plantearse por qué la práctica jurídica se adecua normalmente a la idea de sistema; por qué las normas irregulares que no se ajustan a este modelo se reconocen como jurídicas; hasta qué punto el sistema puede tolerar decisiones irregulares; y, requiere usar junto con el concepto (sistemático) de validez dependiente del cumplimiento de criterios formales y materiales y de un concepto (eminente fáctico) y de vigencia (distinto por tanto del planteado por Ferrajoli) para poder hacerse cargo de las normas irregulares.