

HACIA UNA PERSPECTIVA SOCIO-JURÍDICA DE LA TEORÍA POSITIVISTA DEL DERECHO

MANUEL CALVO GARCÍA
UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA

Resumen: La doctrina del positivismo en el derecho es predominante en la historia reciente de la teoría jurídica. Tanto en positivo como en negativo, casi todo se ha dicho sobre ella. Sin embargo recientemente se ha abierto un resquicio múltiple en su abordaje sin caer en la repetición, lo irrelevante o incluso pedante, que busca conectar la teoría positivista del derecho con una perspectiva socio jurídica. Este trabajo se incardina en esta última tendencia. De tal suerte, se orienta a una revisión de la teoría *ius positivista* en relación con el vínculo entre dicha teoría y los presupuestos fácticos de la estructura y las dinámicas jurídicas que tal teoría pretende describir conceptualmente, considerando el impacto que las transformaciones sociales de sus presupuestos fácticos han tenido sobre esta teoría.

Palabras clave: Positivism jurídico, perspectiva socio jurídica, teoría *ius positivista*, fundamentación y presupuestos fácticos, anti *ius naturalismo*, sistema legal estatal, relativismo teórico, pluralismo jurídico.

El autor: Profesor de Filosofía del Derecho y Sociología Jurídica de la Universidad de Zaragoza; Co-director científico del Instituto Internacional de Sociología jurídica de Oñati. Autor de siete libros y numerosos trabajos en revistas y obras colectivas, entre los que cabe destacar: *Teoría del derecho* (2.^a ed., Madrid, Tecnos, 2000) y *Los fundamentos del método jurídico: Una revisión crítica* (Madrid, Tecnos, 1994). Es también co-editor del libro *Derecho y sociedad* (Valencia, Tirant lo Blanch, 1998). [mcalvo@posta.unizar.es].

Recibido: 22 de enero de 2009, evaluado: 26 de marzo de 2009, aceptado: 31 de marzo de 2009.

TOWARDS A SOCIO-JURIDICAL PERSPECTIVE OF THE POSITIVIST THEORY OF LAW

Abstract: The doctrine of *positivism* in law is predominant in the recent history of legal theory. As much in positive as in negative, almost everything has been said about this theory. Nevertheless, recently, without falling in repetition, irrelevance or pedantry, has appeared a thematic opening in its study. This thematic opening looks to connect the theory of positive legal system with a perspective of law and society. This article is located in such tendency. Thus, orients to a revision of the *iuspositivae* theory in relation to the bond between this theory and dynamic the factual budgets of the structure and the legal ones of which such theory tries a conceptual description, considering the impact that the social transformations of their factual budgets have had on this theory.

Keywords: Perspective of Law and Society, factual funding and budgets, analytical theory, state legal system, validity of the law, structures and dynamics of the legal system, globalization of the legal system, effectiveness and application of the law.

The author: Professor of Philosophy of Law and Juridic Sociology of Universidad de Zaragoza; Scientific codirector from the Instituto Internacional de Sociología jurídica of Oñati. Author of seven books and numerous articles in journals and multi-author works, among them: *Teoría del derecho* (2.^a ed., Madrid, Tecnos, 2000) and *Los fundamentos del método jurídico: Una revisión crítica* (Madrid, Tecnos, 1994). It is also coeditor of *Derecho y sociedad* (Valencia, Tirant lo Blanch, 1998). [mcalvo@posta.unizar.es].

Received: January 22, 2009, evaluated: March 26, 2009, accepted: March 31, 2009.

INTRODUCCIÓN

El positivismo jurídico ha sido la corriente de mayor influencia en el panorama de la Teoría del derecho desde el siglo XIX (RODILLA, 2002, p. 753). Los escritos en defensa o para matizar los planteamientos de esta línea de pensamiento jurídico han sido tan abundantes como las críticas recibidas. Al respecto, puede decirse sin lugar a dudas que el positivismo jurídico ha sido la temática dominante en la Teoría del derecho e, incluso, podría afirmarse que –en unas u otras variantes– el positivismo jurídico ha sido la orientación predominante en la historia reciente de la Teoría jurídica¹. Ahora bien, amén de subrayar su importancia, esta constatación puede llevar también a la pregunta sobre la pertinencia de volver a escribir en torno a un tema sobre el que parece estar casi todo dicho, tanto en positivo como en negativo, y sobre el que las clasificaciones y las matizaciones respecto de sus tesis fundamentales se acumulan y pueden llegar a ser consideradas, en relación con los asuntos más tópicos, irrelevantes o incluso pedantes². Sin obviar la oportunidad de esta pregunta y la necesidad de no incu-

¹ FREDERICK SCHAUER (1996, p. 36). Desde la publicación de la segunda edición de *El concepto de derecho* de HART (1994) se ha producido una eclosión bibliográfica sobre el positivismo jurídico. Como muestra se pueden destacar: GEORGE (1996); CAMPBELL (1996); CAMPBELL (1999); KRAMER (1999); COLEMAN (2001); TUORI (2002); CAMPBELL (2004); AA. VV. (2006).

² Según una reiterada cita de SCHAUER, para “un gran número” de profesores norteamericanos la jurisprudencia analítica y el positivismo jurídico en particular no son sino “preocupaciones en gran parte irrelevantes de un reducido grupo de pedantes obsesionados por cuestiones filosóficas e insensibles a las cuestiones sociales”: SCHAUER (1999, p. 195). En realidad, este autor utiliza esta afirmación para deslindar los acercamientos al positivismo jurídico, separando los discursos que todavía presentan interés de los enfoques y la retórica sobre los tó-

rrir en tales riesgos, todavía quedan numerosos resquicios que merecen ser explorados. En este sentido, recientemente se han publicado varios trabajos que –desde orientaciones diversas– buscan poner en conexión la Teoría –positivista– del derecho con una perspectiva socio-jurídica³, y ello anima a volver sobre un tema que se considera crucial para la revisión de las teorías *iuspositivistas*: el vínculo de estas teorías con los presupuestos fácticos de la estructura y las dinámicas jurídicas que buscan describir conceptualmente, y el impacto de las transformaciones de ese substrato en las mismas⁴.

En lo anterior, por lo demás, pueden atisbarse las razones por las que se soslayarán los debates más tópicos sobre el positivismo jurídico y sus clasificaciones, aunque por razones obvias habrán de afrontarse algunas cuestiones relacionadas con sus tesis fundamentales. Tampoco podrán eludirse precisiones conceptuales. Incluso puede ser oportuno hacer alguna consideración previa y dejar claro, antes de nada, que cuando se habla de “positivismo jurídico” es importante distinguir entre el *positivismo jurídico* como ideología y paradigma histórico-evolutivo del derecho y la *Teoría positivista del derecho*. Incluso será necesario precisar cuál es su relación. A tal efecto, se sostendrá que el desarrollo de la Teoría positivista del derecho supone opciones teóricas y epistemológicas, pero que su propio desenvolvimiento como teoría analítica y conceptual también estaría condicionado por la estructura y las dinámicas del paradigma evolutivo del derecho que conocemos como positivismo jurídico o –si nos referimos a su consolidación– modelo jurídico liberal del positivismo jurídico. Lo cual, obviamente, lleva a la pregunta sobre si la transformación de las estructuras y las dinámicas jurídicas operadas como consecuencia del

picos del positivismo jurídico. La intención del autor no ha evitado que la cita se haya sacado muchas veces de contexto para utilizarla como crítica sin matices.

³ Cfr. TAMANAHA, (2001); TWINING (2003); COTERRELL (2003); GALLIGAN (2007).

⁴ Obviamente, aquí hay una opción sobre el modo de entender qué es el positivismo jurídico. Mejor dicho, el positivismo jurídico que nos interesa es el que busca describir –aunque sea de manera conceptual y con carácter general– los sistemas jurídicos existentes. Se dejan fuera de estas reflexiones otras formas de entender el positivismo jurídico como una corriente de pensamiento orientada a esclarecer la naturaleza esencial del derecho o a describir sistemas jurídicos “angelicales”.

desenvolvimiento del derecho a partir de ese momento y, en particular, en las últimas décadas no debería llevar a corregir algunos de los planteamientos fundamentales de la Teoría positivista del derecho.

Desde una perspectiva más general, la cuestión aquí abordada pudiera presentarse también al socaire de un planteamiento interdisciplinario. En este sentido, DENIS GALLIGAN se ha planteado recientemente que de la misma manera que la Teoría del derecho, y, en particular, la Teoría *positivista* del derecho, puede ser útil para el análisis socio-jurídico, reflexivamente, el enfoque socio-jurídico también puede ser útil para la Teoría del derecho, en especial para adecuar la teoría al cambio jurídico (GALLIGAN, 2007, pp. 11 y 12). Ciertamente, una Teoría *general* del derecho no puede limitarse a describir el contexto y la praxis de “un” sistema jurídico; pero el análisis socio-jurídico con frecuencia desborda el marco de los sistemas legales individualizados estableciendo correlaciones y oposiciones entre diversas culturas jurídicas, y nada impide que se pueda plantear incluso la reflexión sobre la naturaleza del derecho a partir de fundamentos de tipo fáctico. De hecho, HART presentó su libro *El concepto de derecho* como un ensayo de sociología descriptiva (HART, 1994, p. v), lo que no es ni mucho menos obstáculo para que pueda y deba ser considerado como una teoría analítico-conceptual del derecho.

En definitiva, tomando pie en las cuestiones que se han avanzado, este trabajo abordará, en primer lugar, la distinción entre el positivismo jurídico como ideología y paradigma histórico-evolutivo del derecho y la *Teoría positivista del derecho* y sus vínculos. En segundo lugar, una vez perfilada la propuesta analítica de la *Teoría positivista del derecho* y sus presupuestos básicos, se contrastarán algunas de las tesis y conceptos fundamentales de esta corriente con las transformaciones del derecho más relevantes en las últimas décadas. Por último, se concluirá esbozando unas breves reflexiones de carácter general.

I. POSITIVISMO JURÍDICO Y TEORÍA POSITIVISTA DEL DERECHO

Como se ha apuntado en la introducción, es importante distinguir entre el *positivismo jurídico* en tanto que ideología y paradigma histórico-evolutivo del derecho y la *Teoría positivista del derecho* en tanto que construcción analítica y conceptual desde unos presupuestos

“positivistas”. Al respecto, la *Teoría positivista del derecho* va a estar determinada por la estructura y las dinámicas del paradigma evolutivo del derecho que conocemos como positivismo jurídico o –si nos referimos a su consolidación– modelo jurídico liberal del positivismo jurídico. Una cierta perspectiva genealógica puede ayudar a vislumbrar esa conexión y a determinar cómo se produce esa interrelación⁵.

La modernización de las formas políticas tradicionales determinó la eclosión de un nuevo paradigma evolutivo en relación con las formas jurídicas que representa el tránsito desde el “descubrimiento” (*ius dicere*), propio de la Edad Media, y la “producción” de la ley por una voluntad política soberana⁶. Con la aparición de los Estados modernos y la secularización del poder político, la ley deja de ser un *fatum* profundo del poder, desaparece la permanente omnipresencia del cielo que envolvía y dominaba las actuaciones de los órganos del poder reduciendo sus funciones al mero “descubrimiento” del derecho mediante la *iuris dictio*, y el derecho pasa a ser considerado como un producto del poder⁷. El *ius positum*, el derecho “puesto” o derecho “positivo”, emana de una voluntad soberana particular y el texto de la ley aparece como algo creado y no como algo hallado, descubierto o revelado.

Dejando a un lado las repercusiones sociales y políticas que conllevará el proceso de secularización y estatalización de las fuentes del derecho, puede destacarse que en este contexto comienzan a perfilarse los presupuestos del positivismo jurídico como un nuevo estadio evolutivo del derecho que, por una parte, abre paso a la superlegiti-

⁵ Cfr., con mayor amplitud al respecto, CALVO GARCÍA (1994, pp. 32 y ss.).

⁶ GARCÍA PELAYO (1968, p. 86). Es coincidente MARAVALL (1972, p. 405): “los textos medievales no atribuyen a las palabras de que el rey haga la ley, el valor de que él la cree, mientras que los modernos acentúan la dependencia entre la ley o la norma jurídica en general y el papel creador de la voluntad soberana que la hace”.

⁷ Como resultado del proceso de modernización y racionalización del mundo jurídico, la ley acaba encerrando en sí misma la unidad de *poder y razón* que la tradición teológica medieval predicaba sólo de Dios. Cfr. GÓMEZ ARBOLEYA (1976, p. 151): “El legislador humano se ve investido con los atributos que antes se predicaban sólo del divino [...] La Teología había dicho que en Dios, infinitamente perfecto, son idénticas voluntad y razón. El jurista moderno sostiene implícitamente lo mismo del legislador humano”. En el mismo sentido, cfr. GÓMEZ ARBOLEYA (1962, pp. 419 y ss.).

mación de la ley como fuente del ordenamiento jurídico y, por otra, da lugar a un proceso de burocratización en la aplicación del derecho⁸. Las nuevas formas del poder llevaron a la monopolización de los instrumentos jurídicos de control social en manos del Estado. La estatalización de la ley y la pretensión de hacer del jurista un mero mediador cualificado en la aplicación del derecho se conjugan con el reinado absoluto de los ideales de seguridad y certeza provocando una cierta desconfianza hacia las fuentes no legales del derecho.

La primacía de la ley como fuente del derecho y la superlegitimidad de la ley son consecuencia de la equiparación de legalidad y legitimidad. Como señalara WEBER (1979, pp. 170 a 230; 695 a 752 y 1047 a 1075), frente a otros tipos de dominación legítima, como la “dominación carismática” o la “dominación tradicional”, basadas respectivamente en la devoción a la personalidad o las dotes sobrenaturales del señor, en el primer caso, o la institucionalización de la dominación carismática en formas de sucesión tradicionales, en el segundo, *la forma de legitimidad que caracteriza nuestra época es la legalidad*. La “dominación legal” se ejerce según unas reglas previas, las normas jurídicas, y presenta la característica singular de que también el que ordena o decide está obedeciendo normas jurídicas. Frente al Estado absoluto, basado en el ejercicio personal y arbitrario del poder, el Estado de derecho burgués alzó la bandera del principio de legalidad. Leyes abstractas y generales y actos particulares de aplicación de las mismas constituyen el soporte de la legitimidad del poder político en el nuevo modelo estatal. La equiparación moderna de legitimidad y legalidad exige la preexistencia de una ley general previa que autorice y dé razón de cada uno de los actos singulares del poder y la administración del Estado. Por otro lado, el derecho concebido, pura y simplemente, como garantía de la libertad y la igualdad formal de los individuos no debería sobrepasar los límites de la abstracción y generalidad de la

⁸ Cfr. WEBER (1979, pp. 603 y ss. y, en particular, p. 650): donde se relaciona este proceso de burocratización con la formalización y racionalización del derecho. La relación entre la constitución del poder político moderno y la constitución de los cuerpos de legistas y funcionarios ha sido estudiada, siguiendo a WEBER, por GÓMEZ ARBOLEYA (1976, pp. 152 y ss.). Sobre estas cuestiones, cfr. también MARAVALL (1972, pp. 443 a 510).

ley. Los diques de la racionalidad abstracta y general de un derecho *normativizado* serían, así, garantía y límite externo de la libertad y la igualdad formal de los actores sociales.

Junto al desarrollo y la consolidación de las formas modernas del Estado, la codificación y el surgimiento de los Estados liberales son los otros grandes acontecimientos determinantes de la cultura jurídica legal contemporánea. Con la codificación, a pesar de todas sus contradicciones, culmina ese proceso y se asegura el cierre del derecho positivizado a las formas racionales o teocéntricas características del paradigma evolutivo anterior (CALVO GARCÍA, 1994, pp. 64 y ss.). De la misma manera que con el avance de la Modernidad la legitimidad de la ley se hace descansar en una autoridad positiva que realice definitivamente el programa secularizador característico de esta época y rompa cualquier conexión con un derecho contaminado por los privilegios del Antiguo Régimen. Con la codificación culmina el proceso de estatalización y racionalización de la ley en una especie de síntesis que determina los rasgos políticos y jurídicos más característicos de la cultura de la ley. Por una parte, se consolida la *supremacía de la ley como fuente del derecho*. La Revolución Francesa confirma definitivamente la superlegitimidad de la ley que propugnaban tanto los Estados absolutos como los incipientes Estados liberales. Si bien, ahora, el principio de legalidad, que tiene como finalidad mantener un cierto equilibrio de poderes, somete a la Administración al imperio de la ley y convierte a los jueces en mera “boca de la ley”.

La superlegitimación de la ley también va a influir en el método jurídico haciendo que la misma autoridad de la interpretación se haga descansar sobre la misma ley –con la ayuda del método lógico-deductivo⁹. De esta manera, como resumiera WEBER, el derecho evoluciona como un sistema *racional-formal* en términos generales, lo cual afecta

⁹ El método lógico-deductivo se acomoda perfectamente a los ideales burgueses de seguridad jurídica. En los orígenes del mundo moderno, la lucha por la seguridad se vincula con la necesidad de poner orden en un mundo social y moralmente desgarrado. Sin orden no hay seguridad y, como consecuencia, no existe la posibilidad de calcular racionalmente los resultados de la actividad económica y éstos acaban dependiendo fundamentalmente de la fortuna. Por eso, en esta época se busca consolidar un entramado de expectativas seguras dentro de las cuales

también a la aplicación de las normas y al método jurídico. El derecho se concibe como un sistema *racional* aparentemente diferenciado e independiente de las necesidades económicas que determinan su existencia, y al mismo tiempo *formal*, en tanto que creado y aplicado al margen de imperativos éticos, reglas utilitarias o de conveniencia y postulados políticos (WEBER, 1979, pp. 509 y 511). La racionalidad formal del derecho, según esto, afecta tanto a los elementos determinantes de su estructura y contenido como a su aplicación. El proceso de modernización y racionalización del derecho que culminará en las codificaciones comporta la existencia de un sistema estatuido de normas de complejidad creciente; pero también exige para su aplicación correcta la intermediación de juristas especializados sometidos, como el resto de los poderes del Estado, al imperio de la ley.

La evolución de la estructura y las dinámicas del derecho en la Modernidad que se acaba de reseñar representa una inflexión decisiva que se apoya en cambios políticos y epistemológicos importantes, y en conjunto da lugar a un nuevo paradigma evolutivo, el positivismo jurídico, cuyos postulados encontrarán una proyección específica en las doctrinas filosófico-jurídicas de la Modernidad¹⁰ y en las teorías del derecho positivistas del siglo XIX¹¹.

Siendo rigurosos en el uso de los términos, la *Teoría positivista del derecho* en sentido estricto se desarrolla esencialmente en el siglo XIX,

el burgués pueda desarrollar calculadamente su actividad. Las funciones que se asignan al derecho y el Estado por la nueva ideología liberal tendrían como único fin la consolidación y aseguramiento de un marco de relaciones económicas respetuoso con las fuerzas del mercado. Cfr. WEBER (1979, pp. 509 y ss.).

¹⁰ El primer autor verdaderamente “moderno” en la perspectiva que se investiga en estas páginas es un filósofo-jurista: THOMAS HOBBS. BOBBIO ha subrayado que HOBBS es el autor que rompe definitivamente con el “modelo aristotélico” de legitimación y explicación del Estado, para alumbrar un nuevo paradigma de la filosofía jurídico-política. Para HOBBS, la ley propiamente dicha, la ley civil, es un mandato que expresa la voluntad del soberano y que recibe su autoridad –y, en consecuencia, la razón de su obediencia– *exclusivamente* del hecho de representar la propia voluntad del soberano. Cfr. HOBBS (1980, pp. 21 y ss.).

¹¹ Se distingue, en este sentido, el desarrollo de una *filosofía jurídico-política* de corte positivista y la *Teoría del derecho positivista*, que se desarrollaría sobre todo a lo largo del siglo XIX.

si bien es cierto que las ideologías jurídicas modernas e ilustradas avanzan algunos de sus presupuestos fundamentales. Por lo común, en las reconstrucciones anglosajonas de los precedentes del positivismo jurídico se menciona casi exclusivamente al respecto a JOHN AUSTIN, si bien se reiteran como antecedentes las obras de THOMAS HOBBS y JEREMY BENTHAM.

Sin entrar a pormenorizar en un tema ampliamente tratado, ciertamente, puede decirse que el paso dado por AUSTIN es especialmente significativo al respecto ya que es este autor quien formaliza y reconstruye el *contenido* del derecho desde la perspectiva de una *Teoría general del derecho* dotándolo de una fundamentación positivista¹². Los antecedentes programáticos de su *Teoría del derecho* hunden sus raíces en el “imperativismo” de signo positivista que caracteriza las propuestas teóricas de HOBBS o BENTHAM. Aunque quizá también podría apuntarse que en este proceso de elaboración de una Teoría del derecho positivista también juega un papel importante la ciencia jurídica continental. Al respecto, no hay que olvidar que cuando AUSTIN es llamado a tomar posesión de la cátedra de *Jurisprudence*, acude a Alemania para estudiar la propuesta teórica de SAVIGNY. Este autor es un hijo de su tiempo y, en consecuencia, su pensamiento jurídico tiene que hacer frente a hechos tan significativos como la Revolución Francesa o la eclosión codificadora. En este sentido, su pensamiento es un poco “post” o, si se prefiere, reaccionario, pero también se caracteriza por un decidido positivismo que, al reivindicar el pasado concreto y la identidad peculiar de los pueblos, es decididamente “anti-iusnaturalista”¹³. Por lo demás, el método dogmático de la *cons-*

¹² JOHN AUSTIN sólo publica en vida un pequeño trabajo, compuesto por seis lecciones del curso de *Jurisprudence* que impartía: *La determinación del ámbito de la ciencia jurídica* (*The Province of Jurisprudence Determined*), en 1832. Posteriormente, tras su muerte, su mujer, SARA AUSTIN, publicará la totalidad de estas lecciones y algunas notas: *Lecciones de Teoría general del derecho o Filosofía del derecho positivo*, entre 1861 y 1863. Cfr. AUSTIN (1970). En castellano, se ha traducido uno de los apéndices a esa edición, cfr. AUSTIN (1981) y, recientemente, AUSTIN (2002).

¹³ SAVIGNY, F. (1908, pp. 11 a 28) (también [1979, pp. 55 a 64]). Sobre la *Escuela histórica del derecho* cfr. el magnífico trabajo de GONZÁLEZ VICÉN (1984, pp. 99

trucción, la inferencia conceptual desde la que se completa y armoniza el derecho positivo vigente, se concibe desde sus orígenes como la consecuencia metodológica del positivismo jurídico. Sin embargo, la propia vocación de SAVIGNY y el historicismo abocan su renovación conceptual del método jurídico hacia la Ciencia jurídica, hacia la construcción dogmática. Podría hablarse en ese sentido de una vocación positivista paralela en la Ciencia jurídica y en la Teoría general del derecho del siglo XIX.

La teoría jurídica positivista del siglo XIX y, en particular, la de AUSTIN se centró en el desarrollo de los presupuestos de una Teoría del derecho coherente con el paradigma jurídico moderno. El positivismo jurídico, por lo tanto, va a desarrollar su propia Teoría del derecho, construyéndola sobre la base de las transformaciones y de la ideología que las promueve y justifica. En ese sentido, la Teoría general del derecho desarrolla conceptos básicos orientados a facilitar la descripción o el análisis de la realidad jurídica que tiene como referente. Ahora bien, como ya se ha apuntado, el desenvolvimiento de esa propuesta teórica implicó también opciones epistemológicas y metodológicas específicas –empezando por su propia orientación positivista y general–.

La Teoría general del derecho de AUSTIN parte de tres premisas que podemos considerar fundamentales. En primer lugar, es una teoría analítica y general que busca describir conceptualmente no un sistema jurídico en particular, sino los principios y las diferencias comunes a varios sistemas jurídicos positivos; en segundo lugar, tales conceptos se extraen o separan de los sistemas jurídicos de derecho positivo particulares existentes, por lo que estarán enfocados a describir sistemas configurados por normas positivas producidas por una autoridad estatal –que en el caso de AUSTIN se representa como el soberano–; y, en tercer lugar, todo ello lleva a tratar, como el derecho objeto de la descripción analítico-conceptual en que consiste la Teoría general del derecho, el derecho que *es* y no el que *debe ser*, y, en consecuencia, la validez de las normas jurídicas dependerá de la

a 146). En particular, sobre la tensión historicismo-iusnaturalismo, cfr. PÉREZ LUÑO (1974, pp. 135 a 156).

propia “existencia” de las normas y no de su valor –“una cuestión es la existencia del derecho y otra distinta su *mérito* o su *demérito*”¹⁴.

La Teoría positivista del derecho del siglo xx, como se ha puesto de manifiesto reiteradamente, discurre por sendas paralelas. Primero HANS KELSEN y luego HERBERT L. A. HART contribuirían decisivamente a sentar las bases de una corriente que habría dominado el pensamiento jurídico de este siglo. KELSEN renovó epistemológicamente los fundamentos del positivismo jurídico, pero dejó inalteradas las premisas fundamentales de la Teoría positivista del derecho. La construcción de una teoría normativista-imperativista, general y pura del derecho, basada en la separación del ser y el deber ser, la autonomía de lo jurídico y una teoría de la validez coherente con las premisas anteriores resultará en un producto teórico perfectamente comparable con el de AUSTIN (CALVO GARCÍA, 1994, pp. 116 y ss.).

Mayores diferencias se encuentran en la propuesta de HART. Este autor dio un importante paso reivindicando la vigencia de las tesis positivistas y abriendo camino a una nueva época del pensamiento jurídico dominada por la pujanza del positivismo jurídico¹⁵. HART mantiene –no sin contradicciones– la tesis de la separación entre el derecho y la moral; pero renueva la perspectiva analítica del positivismo jurídico que, sin abandonar su dimensión conceptual, adquiriría –según sus palabras– una orientación descriptiva y basada en los sistemas jurídicos –normativos– realmente existentes (HART, 1994, p. v). Su obra también es fundamental para la renovación de la tesis de las fuentes sociales de las normas en clave no imperativista –aunque no consigue

¹⁴ AUSTIN (1970, p. 233). AUSTIN deja claro que el objeto de la jurisprudencia es el derecho positivo en sentido estricto, lo cual hace que la *Jurisprudence* no tome en consideración el valor o disvalor de las leyes (“their goodness or badness”), sin que ello excluya su examen desde otros ámbitos científicos (p. 114). Obviamente, ello es consecuencia de asumir la observación del derecho positivo desde la perspectiva de sus “fuentes” (p. 95).

¹⁵ En Italia y en España, sin embargo, la vigencia de las tesis positivistas, en el terreno del pensamiento jurídico, se debe a la poderosa fuerza de atracción de la obra de NORBERTO BOBBIO, quien divulga y desarrolla las tesis del positivismo jurídico en sus cursos y publicaciones. Cfr., al respecto, BOBBIO, N. (1980); íd. (1993); íd. (1965); Al respecto cfr. también, SCARPELLI, U. (1965).

superar los márgenes de una teoría normativista– al hacer descansar la validez de las normas jurídicas en la norma de reconocimiento. Por último, con su propuesta contribuye a desarrollar definitivamente las bases de la metodología jurídica positivista a partir de la tesis de la discrecionalidad judicial (CALVO GARCÍA, 1994, pp. 146 y ss.).

Recapitulando sobre las cuestiones consideradas en este apartado, puede decirse que *la Teoría positivista del derecho* representa tanto una opción epistemológica como la consagración “teórica” de un determinado modelo jurídico, un modelo jurídico que podría identificarse como el modelo jurídico liberal o, desde un punto de vista más neutro, un “sistema jurídico moderno”. La propuesta analítica de autores como AUSTIN, KELSEN o HART –aun presentando distintos grados de abstracción y, en el caso de este último, con pretensiones de vincularse a una sociología descriptiva– presuponen un modelo jurídico determinado. Son propuestas teóricas que facilitan conceptos y recursos analíticos pretendidamente adecuados para describir y dar razones sobre el funcionamiento de los sistemas jurídicos realmente existentes. En ese sentido, en los tres casos buscan facilitar la comprensión teórica sobre cómo funcionan las cosas en los “ordenamientos jurídicos modernos”. Como consecuencia, en los tres casos, se parte de una opción analítica encaminada a la descripción teórica del derecho tal y como es y no como debiera ser. Más aún en el caso de HART, dado que este autor vincula su propuesta analítica a una suerte de sociología descriptiva de los sistemas jurídicos “modernos” a partir de los usos lingüísticos de la praxis jurídica. Pero, incluso en el supuesto de que estuviésemos ante una apuesta claramente metafísica, difícilmente podríamos imaginar la ausencia de condicionamiento *contingente* de las estructuras y las dinámicas jurídicas realmente existentes en la propuesta analítica característica de la Teoría del derecho. En definitiva, los postulados básicos de la Teoría jurídica positivista son deudores de esa doble tensión que los vincula, por una parte, a una elección epistemológica y, por otra, a los condicionamientos de un determinado modelo jurídico, con referencia al cual se desarrollan las herramientas analíticas que configuran este tipo de propuestas teóricas.

II. ALGUNAS ENCRUCIJADAS DE LA TEORÍA POSITIVISTA DEL DERECHO

Tanto si se habla en términos del modelo del que parte, como si se toman en consideración los sistemas jurídicos particulares en los que se asienta la Teoría general del derecho del positivismo jurídico, puede sostenerse que su propuesta analítico-conceptual es coherente con un desarrollo de los sistemas jurídicos modernos basado en presupuestos que determinan su secularización y la racionalización formal del derecho y las dinámicas jurídicas. De acuerdo con esta perspectiva, el Estado monopoliza los medios de producción y aplicación del derecho, supeditándose a las exigencias de neutralidad de la ideología liberal dominante. Las formas jurídicas desarrolladas como fundamento y sostén del Estado-nación alientan el monopolio de la producción y aplicación del derecho por parte del Estado central, así como el carácter unitario del ordenamiento legal. Consecuentemente, el derecho se representa como un sistema excluyente y capaz de organizar autónomamente los presupuestos de legitimidad de sus prácticas y sus discursos. Partiendo de estos presupuestos, se niega la condición de sistema jurídico a los otros sistemas sociales normativos bien sea por carecer del respaldo de una autoridad directamente vinculada con la voluntad del soberano o por su falta de reconocimiento desde los márgenes de autonomía de un sistema jurídico basado en la jerarquía de las fuentes del derecho o en un sistema complejo –pero autorreferencial– de normas. Estos planteamientos no sólo excluyen las pretensiones de validez jurídica del derecho natural –lo cual puede estar en el origen remoto de las premisas ideológicas que lo alientan–; sino que de paso y, en particular, por unas u otras razones, niegan la consideración de ordenamiento jurídico a cualquier sistema legal tradicional –de base consuetudinaria, por definición. Con lo cual, se afirme o no se afirme taxativamente, sólo cabe hablar de sistema jurídico a partir de estructuras de Estado jurídicamente constituidas. Ordenamiento jurídico y Estado se confunden así, propiciando el trasvase de los valores de la unidad del Estado-nación al sistema jurídico.

Dando un paso más, a tenor de lo anterior, puede afirmarse que las Teorías positivistas del derecho se asientan sobre los presupuestos teóricos e ideológicos de la cultura jurídica de la Ilustración y el

liberalismo, y que como consecuencia reproducen ese modelo en sus propuestas analíticas. La búsqueda de las herramientas conceptuales necesarias para dar cuenta analíticamente de la “naturaleza” de un derecho secularizado y basado en un modelo normativo en el que la ley es producto del poder estatal va a asentarse sobre la tesis de la separación y se prolonga en la tesis de las fuentes sociales del derecho. Centrándonos en la producción jurídica, el modelo de las normas del positivismo jurídico va a equiparar el derecho con un sistema de normas *válidas*. Lo cual lleva a un modelo del derecho basado en normas producidas de acuerdo con unos parámetros que inicialmente se formulan en términos imperativistas –soberano, esquema precepto-sanción, etc.– y, posteriormente, con una mayor complejidad; pero siempre basados en unos presupuestos de unidad sistemática, carácter normativo –constituido por preceptos que contienen orientaciones de conducta explícitas y reforzadas coercitivamente– y monopolio estatal de las agencias de producción y aplicación del derecho. El tránsito desde la autoridad de un soberano a la “aceptación” de una norma hipotética fundamental o al reconocimiento desde la praxis de los operadores jurídicos del Estado no afecta en modo alguno a los presupuestos de unidad sistemática, carácter normativo y monopolio estatal.

Ahora bien, como se apuntó en la introducción de este trabajo, esos presupuestos pueden estar chocando con algunas de las nuevas realidades jurídicas hacia las que nos abocan las transformaciones del derecho como, por ejemplo, el pluralismo jurídico o el desarrollo de un derecho característico de la mundialización.

Las pretensiones de construir una Teoría “general” del derecho hace tiempo que han sido relativizadas, apuntándose que en realidad no se busca describir “todos” los sistemas jurídicos. El bagaje conceptual y las herramientas analíticas de la Teoría positivista del derecho, a pesar de su alto grado de abstracción y de que puedan ser válidas para describir sistemas jurídicos enraizados en culturas jurídicas diferentes, nunca han podido dar cuenta –ni lo han pretendido– de los sistemas jurídicos de las sociedades tradicionales o comunidades sin Estado. Simplemente, se han limitado a certificar su carácter de sistemas *no* jurídicos. El problema surge cuando emergen fenómenos que, por unas u otras razones, no se pueden eludir –como el pluralismo

jurídico o la *lex mercatoria* y otros mecanismos normativos asociados a los procesos de mundialización¹⁶.

Tales procesos han conducido al reconocimiento de formas de autonomía y autotutela jurídicas, por una parte, y de autorregulación, por otra, que estarían generando auténticos sistemas plurales de fuentes jurídicas que en muchos casos se caracterizan por un marcado carácter informal. ¿Por qué no se puede hablar en estos casos de ordenamientos normativos de carácter jurídico? No se hace porque ello choca con los postulados ideológicos y/o teóricos desde los que se ha construido la Teoría del derecho hasta ahora, pero este quizá no sea argumento suficiente: si las transformaciones sociales y jurídicas han puesto en cuestión el modelo tradicional y han abierto espacios de pluralismo cultural y jurídico, parece prudente revisar una construcción teórica que no es capaz de dar cuenta de los nuevos fenómenos jurídicos.

La ideología jurídica liberal y el formalismo analítico contemplan el derecho como un conjunto de normas explícitas, producidas por el Estado, cuya validez se produce a partir de un reconocimiento autorreferencial. Estas normas, por una parte, suministran orientaciones de conducta y, por otra, organizan la producción y aplicación de normas al tiempo que regulan el ejercicio del uso de la fuerza por parte de los propios mecanismos estatales. Esta definición parte y exige un concepto de Estado unitario y centralizado como presupuesto de la existencia de un sistema jurídico, y niega radicalmente el carácter jurídico a cualquier sistema normativo de preceptos o de reglas y preceptos que no cumpla tales presupuestos.

Las transformaciones del Estado y del derecho parecen condicionar que la Teoría positivista del derecho necesita afrontar el reto del pluralismo y los nuevos fenómenos jurídicos emergentes promovidos

¹⁶ BRIAN TAMANAHA ha sostenido que uno de los presupuestos que condiciona su propuesta de reorientar la Teoría general del derecho desde la perspectiva socio-jurídica tiene que ver con la confrontación de una perspectiva forjada en los parámetros de la cultura jurídica tradicional con su experiencia profesional en Micronesia. Cfr. TAMANAHA (2001, p. xi); WILLIAM TWINING ha vinculado el renacimiento de la teoría jurídica general a la globalización. Cfr. TWINING (2003, pp. 119 y ss.). Se avanzaron algunas reflexiones sobre los temas tratados en este apartado en CALVO GARCÍA (2000, pp. 63 y ss.).

por la mundialización con el fin de redefinir sus postulados básicos para ser capaz de contemplar tales sistemas de normas como auténticos sistemas jurídicos; revisando para ello las pautas tradicionales del análisis normativo y, en particular, la teoría de las normas y del ordenamiento jurídico. En otro orden de cosas, es probable que también sea necesario un cierto cambio de talante para afrontar el análisis de fenómenos como el del pluralismo jurídico y la mundialización. En este sentido, quizá debamos abrir la perspectiva de la Teoría del derecho hacia prismas socio-jurídicos para tratar de descubrir las cualidades normativas de tales sistemas jurídicos sin reducirlos ni explicarlos desde las características de los sistemas propios de un estadio evolutivo del derecho que comienza a ser superado.

El modelo de las normas del positivismo jurídico también quebraría en lo relativo a la aplicación del derecho. En realidad, el positivismo metodológico no sólo adolece en muchas de sus propuestas de la pérdida de referencia con la praxis, también adolece de una cierta dependencia con respecto a los planteamientos nucleares del formalismo jurídico y el método lógico deductivo. DWORKIN estaría en lo cierto cuando señala que las teorías positivistas del derecho “clásicas” no rompen con el silogismo legal. En sus propuestas más desarrolladas atemperan el formalismo en los márgenes, como resulta de la tesis de la discrecionalidad. Pero incluso en estos supuestos la decisión jurídica se contempla dentro del marco de una norma general (KELSEN) o se abre en el mejor de los casos (HART) a unos poco definidos criterios adicionales que operarían dentro del margen intersticial que abre la zona de penumbra de las normas jurídicas en los supuestos difíciles, que, obvio es decir, siguen suponiéndose parcialmente regulados.

En definitiva, la Teoría positivista del derecho no consigue superar los aspectos centrales del formalismo jurídico, aunque ciertamente lo atempera. El “modelo de las normas” tiene en ese sentido muchas dificultades de encaje con las transformaciones del derecho vinculadas al desarrollo de los sistemas jurídicos actuales orientados a conseguir objetivos o realizar fines y valores sociales regulando positivamente el comportamiento de los agentes sociales y estableciendo estructuras burocráticas de carácter público o semi-público como instrumentos de implementación y control de las mismas. El contenido del derecho no sólo se materializa, sino que en lo que respecta a las dinámicas

jurídicas la adjudicación ha dejado de ser el elemento central de la praxis jurídica¹⁷.

De entrada, como consecuencia de la evolución del constitucionalismo jurídico, los textos constitucionales tienden a absorber los valores de mayor peso en cada comunidad jurídico-política, dotándolos en consecuencia de autoridad o validez jurídica. Esto supone que tales principios morales, políticos, culturales, sociales, económicos y jurídicos dejan de tener un incierto reconocimiento y unas expectativas de eficacia problemáticas, para quedar investidos de plena condición normativa –aunque en algún caso se encuentran recogidos en “normas programáticas” con las repercusiones que desde el punto de vista de su efectividad tiene. Esta materialización axiológica del derecho no desborda los planteamientos de las teorías positivistas más desarrolladas –como la de HART– que han contemplado la presencia de la moral en el derecho –como un valor contingente o juridificado–, y en ese sentido no afectaría a la tesis de la separación de acuerdo con el diseño teórico del positivismo *moderado*. En realidad, según las propuestas clásicas del positivismo jurídico, hablar de interconexiones entre el derecho y la moral no impide sostener que el derecho y la moral son órdenes normativos diferentes; y, como consecuencia, que la validez de las normas jurídicas puede ser reconocida en ocasiones a pesar de la debilidad moral del derecho o cuando este fundamento moral no existe. En cualquier caso, es evidente que los desarrollos del constitucionalismo jurídico obligan a matizar de un modo importante los presupuestos conceptuales de una teoría desarrollada al socaire de una cultura jurídica basada en los planteamientos de un derecho racional-formal acorde con las exigencias de la ideología jurídica liberal. Como ha señalado FERRAJOLI, en el Estado constitucional de derecho ya no es posible afirmar que “la validez del derecho dependo sólo de requisitos puramente formales” o que “la razón jurídica es solamente, como sostenía WEBER, una *racionalidad formal*”¹⁸.

¹⁷ Cfr., desde una perspectiva más general, CALVO GARCÍA (2005).

¹⁸ FERRAJOLI (2002, p. 11). Ya había avanzado los presupuestos de esta tesis en FERRAJOLI (1990, pp. 360 a 362). Cfr. también, sobre el tema, PRIETO SANCHÍS (1997). Obviamente, no siempre se acepta la tesis sobre la superación del positivismo clásico de FERRAJOLI. Cfr. al respecto los trabajos de IGLESIAS VILA y

También se desborda el estrecho marco de la Teoría jurídica positivista tradicional en la aplicación de normas y principios jurídicos “materializados”. Al respecto, las puntualizaciones metodológicas sobre la discrecionalidad judicial son manifiestamente insuficientes. Aun sin estar de acuerdo con su propuesta hermenéutica, la distinción de DWORKIN entre casos difíciles y casos fundamentales¹⁹ parece, en principio, interesante para contemplar que las encrucijadas del razonamiento jurídico en la aplicación de los principios constitucionales desbordan los estrechos márgenes de la Teoría jurídica positivista sobre la discrecionalidad judicial. Aun manteniéndonos en los estrechos límites de la teoría de la adjudicación, esta tesis –y mucho menos la tesis del margen de apreciación kelseniana– no permite *describir* adecuadamente la praxis y el trasfondo del razonamiento jurídico en la aplicación de las normas y principios jurídicos constitucionales en los casos fundamentales –y, en realidad, tampoco en los casos difíciles.

Dando un paso adicional, todavía resulta más palmaria la crisis de la teoría positivista de la adjudicación cuando la confrontamos, por ejemplo, con las dinámicas que hacen efectivo el derecho regulativo o más genéricamente el derecho del Estado intervencionista –social o puramente económico–. El derecho materializado y orientado a fines introduce en el sistema jurídico amplios espacios de indeterminación “material”. Lo cual, de entrada, supone debilitar la rigidez formal de las normas jurídicas en favor de un importante incremento de la flexibilidad y de las aperturas del derecho que, indirectamente, hacen factible el éxito de todo tipo de presiones y criterios de oportunidad. La realización de los fines regulativos solo es concebible en términos de ejecución de políticas públicas encaminadas a conseguir resultados

GARCÍA FIGUEROA en CARBONELL y SALAZAR (2005, pp. 77 a 104, 267 a 284); y la respuesta de FERRAJOLI, en FERRAJOLI (2006, pp. 23 y ss.).

¹⁹ DWORKIN, en definitiva, lo que considera un error es la persistencia del positivismo en “ignorar” que en algunos casos las decisiones jurídicas son decisiones que requieren tener en cuenta una visión de “moralidad política”. En este sentido, cree que hay que distinguir entre lo que denomina “casos dudosos” (“borderline cases”) y “casos límite o fundamentales” (“testing or pivotal cases”). DWORKIN (1987, p. 13). En la misma obra puede encontrarse la respuesta de HART, “Comment on ‘the theory and the problem of sense’ by R. Dworkin” (pp. 35 a 42).

acordes con valores, objetivos e intereses sociales. Desde el momento en que tales presupuestos materiales deben orientar las prácticas regulativas, se hace inconcebible hablar de imparcialidad o neutralidad con el significado que estos conceptos tuvieron tradicionalmente, en el marco de un modelo jurídico formalista.

Paradójicamente el incremento y la “concreción” de las normas jurídicas potencia la *ductibilidad* del derecho²⁰. En tanto la aplicación de este nuevo derecho “útil” ya no depende tan sólo de criterios formales, la lógica político-burocrática de la actuación administrativa abre nuevos espacios a la discrecionalidad y a la composición. Más aún, como señaló GALLIGAN en una importante obra sobre este tema (1992, p. 110), los agentes burocráticos no operan como pueden actuar los órganos judiciales –tipo ideal, decisión jurídica o adjudicación– que se pueden permitir el lujo de intentar buscar la intención del legislador, la única solución correcta. Las burocracias que realizan políticas públicas y sociales tienen que construir las vías y las pautas para realizar los objetivos recogidos en los instrumentos regulativos de un modo razonable. Definir objetivos específicos, *policies* y pautas de actuación para alcanzar los objetivos generales de la legislación es una tarea compleja donde no sólo se tienen en cuenta los fines de la ley sino otros criterios como los de eficiencia y efectividad.

La discrecionalidad que permite un derecho orientado a fines es algo más que un problema técnico –aunque sin duda también lo es– y exige conectarlo con el análisis de una estructura jurídica singular. Para empezar, la penetración de la lógica del sistema político en el sistema jurídico como consecuencia de la utilización del derecho para la realización de fines determina un auge considerable del recurso a la *ambigüedad calculada* en la formulación de las normas jurídicas que definen los fines de la intervención estatal. Al respecto, los márgenes de actuación pueden tener un carácter técnico-jurídico que presentará características y problemas similares a los de la discrecionalidad administrativa tradicional; pero cada vez en mayor medida, como con-

²⁰ La discrecionalidad en el funcionamiento de las burocracias que implementan y controlan la efectividad del derecho regulativo parece inevitable: HAWKINS (2001, pp. 11 a 46).

secuencia de la incorporación de otros “saberes” y otros “expertos” en las dinámicas regulativas, se configuran como ámbitos de discrecionalidad *propriamente* “técnica” –y no sólo como construcción dogmática– en los que la opinión de los juristas y los instrumentos tradicionales de la interpretación jurídica poco tienen que resolver. Más aún, además de estas consideraciones, quizá sea conveniente recordar que la amplitud de los márgenes de discrecionalidad convierte al derecho regulativo en un instrumento especialmente flexible, cuya implementación y control pueden depender en gran medida de todo tipo de criterios de oportunidad –emergencias, alarmas sociales, coyunturas políticas, etc.– e intereses –políticos, profesionales u otros–.

Lo anterior aparte, más allá de la existencia de un margen de indeterminación o de discrecionalidad, la decisión jurídica se transforma en una cadena de decisiones dentro de un complejo marco de implementación normativa que incluye múltiples decisiones en cadena y no una operación unitaria y reconducible al esquema del silogismo práctico. Lo cual debe llevar a reconocer que además del hecho de que la realización del derecho se torna insegura –sin que deje de ser responsable– y bastante más compleja de lo que podían dar cuenta la metodología jurídica tradicional y el positivismo jurídico, en este contexto incluso hablar de decisiones resulta problemático y, en cualquier caso, obliga a ir más allá de las herramientas analítico-conceptuales de la teoría jurídica tradicional y el positivismo jurídico. KEITH HAWKINS ha propuesto distinguir entre decisiones sobre casos en particular y decisiones sobre clases de casos. En su opinión, es importante considerar cierto tipo de decisiones como *policy decisions*, que aglutinarían tipos de casos o clases de actos o eventos a los que hay que hacer frente de una forma coherente y generalizada (HAWKINS, 2002, p. 39), dado que responden a unos objetivos y se enmarcan dentro de una determinada política regulativa o criminal. Las agencias administrativas –policías, servicios sociales, sanitarios y educativos, organismos de igualdad, etc.– adoptan las decisiones encaminadas a realizar las políticas que asumen dentro de un contexto organizativo, que determina una líneas de actuación administrando los recursos materiales y personales, modulando el rigor intervencionista, adoptando directrices generales y, a veces, decidiendo más concretamente cuándo y cómo actuar en relación con las funciones promocionales y de control

asumidas. Este tipo de decisiones en serie obligarían a reconstruir la teoría de la decisión con unos niveles de complejidad muy superiores a los habituales en las propuestas centradas en torno a las decisiones sobre casos (HAWKINS, 2002, pp. 47 y ss.).

Más aún, según HAWKINS, incluso el análisis de las decisiones judiciales de índole penal como casos individuales decididos por sujetos singulares –individuales o colectivos– y autónomos, a pesar de ser la aproximación habitual desde el punto de vista del análisis de la decisión jurídica, sería erróneo (HAWKINS, 2003, p. 194). Tras años de investigación en el campo del control regulativo propone afrontar el análisis de las decisiones jurídicas en general y de las decisiones judiciales de índole criminal a partir de su consideración como decisiones que se “encadenan en el contexto de otras decisiones” y, por lo tanto, como decisiones producidas por actores diferentes en momentos diferentes que las condicionarían de una forma determinante. Ello obligaría a avanzar hacia una concepción holística de la decisión jurídica que la sitúe en sus justos términos –como una decisión que se integra en un contexto más amplio de decisiones, pudiendo tener las personas que deciden muy restringidas las opciones decisorias al concentrarse el poder real de decisión en instancias previas– policiales, de la fiscalía, de determinados expertos, etc. En definitiva, se avanza una propuesta de renovación teórica del marco de la decisión jurídica que llama la atención sobre la necesidad de considerar factores que desbordan el esquema analítico de la Teoría positivista del derecho y la Teoría tradicional del derecho en general.

En definitiva, el descentramiento de la perspectiva hacia un enfoque socio-jurídico nos ha permitido apreciar, primero, cómo los procesos de mundialización y el pluralismo jurídico y, después, cómo la materialización inherente a las transformaciones del derecho en las últimas décadas suponen un claro desplazamiento del derecho desde el ámbito de racionalidad formal que se asignaba a las normas jurídicas y a su aplicación en la Teoría jurídica tradicional, hacia nuevas formas de racionalidad sustantiva y una mayor complejidad en las dinámicas jurídicas. Quizá es el momento de dar un paso adicional y plantearnos si caben otras “utilidades” del enfoque socio-jurídico. Más concretamente, se trataría de retomar la preguntas sobre si el enfoque socio-jurídico puede ser útil para la Teoría del derecho más allá de la identificación de las transformaciones del derecho y los desajus-

tes que se operan en la estructura analítico-conceptual de la Teoría jurídica –como se ha hecho hasta este punto– y proyectarse en la tarea de adecuar la teoría al cambio jurídico integrando la complejidad creciente del derecho actual en la propuesta teórica –positivista, en este caso–. Obviamente, esta es una tarea que desbordaría las pretensiones de este trabajo; pero puede ser interesante esbozar unas primeras conclusiones al respecto.

CONCLUSIONES

Dado que se ha planteado –si bien desde una perspectiva muy particular– la revisión del positivismo jurídico, parece que la pregunta consiguiente llevaría a la necesidad de responder qué quedaría del positivismo jurídico. Al respecto, –sobre todo para solventar posibles dudas derivadas del enfoque socio-jurídico a partir del que se ha realizado esta revisión– habría que afirmar de entrada que cabe una teoría conceptual del derecho. Esta teoría analítica seguiría teniendo como función describir y ayudar a la reflexión sobre el derecho desde las disciplinas jurídicas –y no jurídicas, podríamos añadir–. Lo anterior se da por sentado cuando hablamos de disciplinas jurídicas; pero también es particularmente útil la Teoría del derecho de cara a la investigación y al análisis socio-jurídico.

Ahora bien, una vez sentado lo anterior, es importante dejar claro que ello supone la necesidad de corregir algunos de los presupuestos de la *Teoría positivista del derecho* y desarrollar otros “conceptos” que han quedado en la sombra del análisis positivista²¹. En definitiva, se trataría de desarrollar una teoría abierta, por un lado, a las transformaciones del derecho; y, por otro, a otras disciplinas –utilidad del enfoque socio-jurídico, pero no sólo– que permitan superar el encastillamiento de la Teoría del derecho en el análisis filosófico, a veces un tanto estéril.

²¹ Parece muy atinente la observación de TWINING (2003, pp. 129 y ss.), cuando llama la atención sobre el hecho de que el enfoque positivista ha tendido a centrarse en torno a determinados conceptos muy próximos a una concepción formalista del derecho, dejando de lado otros que pudieran estar más allá de la dogmática y las normas jurídicas.

En relación con lo anterior, existirían dos planteamientos posibles. Uno de ellos pasaría por revisar la Teoría del derecho desde las contribuciones del análisis socio-jurídico²². Y, por supuesto, también cabe construir *otra* Teoría general del derecho a partir de una orientación socio-jurídica –*A General Jurisprudence of Law and Society* (TAMANAHA, 2001). En cualquier caso, esta orientación seguiría prestando atención a algunos de los temas que hemos tomado como ejemplo para la reflexión esbozada y seguiría siendo deudora de muchos de los presupuestos de la Teoría tradicional del derecho.

Ambos planteamientos llevan a la necesidad de adaptar el modelo de las normas a las circunstancias del pluralismo jurídico y a las transformaciones del derecho, lo cual obliga a revisar no tanto la tesis de las fuentes sociales de las normas como la vertiente de la misma que hace descansar el fundamento de su autoridad en criterios caducos y/o puramente formales. Por lo demás, la tesis de la separación podría aguantar el embate de las transformaciones del derecho. Es obvio, como ha quedado reflejado, que se ha producido un proceso de materialización del derecho; pero la tesis de la separación no niega que existan normas con un contenido axiológico o material. Esta tesis se ha ido “suavizando” para dejar claro el no rechazo de las implicaciones contingentes entre derecho y moral, e incluso hasta llegar a reconocer como un hecho la incorporación de valores morales en las normas jurídicas; y que el derecho no es neutral en términos de evaluación y crítica. De hecho, se considera que se trata de una opción en cuya base pueden conciliarse el rechazo de la neutralidad y las seguridades morales absolutas.

Es opinión del autor que la tesis de la separación ha sido malinterpretada a veces como tesis de la neutralidad del derecho o de la justificación del derecho injusto. Nada más lejos de los planteamientos de muchos de los defensores del positivismo jurídico que considerar neutral el derecho o atenazar al jurista ante la crítica. Por supuesto

²² Esta es la propuesta que ha hecho recientemente GALLIGAN. Este autor entiende que de la misma manera que el marco conceptual que proporciona la Teoría del derecho es útil desde la perspectiva del análisis socio-jurídico, reflexivamente el enfoque socio-jurídico también podría ser útil para la Teoría del derecho. Cfr. GALLIGAN (2007, pp. 18 y ss.).

que el derecho refleja valores e intereses, de ahí que en muchos casos la defensa de tesis positivistas haya sido conciliable con la crítica jurídica y social²³. Esto aparte, aceptar la tesis de la separación debe llevar más lejos de la mera formulación de matices y clasificaciones haciéndose imprescindible solventar los problemas colaterales que pueda tener, como los que se han detectado desde el punto de vista de la realización del derecho y las dinámicas jurídicas. A estos efectos, puede que no esté de más explorar desde el prisma de la sociología jurídica qué es lo que ocurre en la decisión jurídica, y construir una teoría acorde con tales fundamentos. La perspectiva socio-jurídica permitiría llamar a las cosas por su nombre y reconocer que la implementación del derecho se abre a espacios de “no derecho” y de una complejidad inconcebible desde el marco conceptual de la Teoría del derecho tradicional –positivista o no positivista–. Además, facilitaría enormemente la posibilidad de contemplar la incidencia concreta de los aspectos “no dogmáticos” en las decisiones jurídicas con estudios de sociología empírica que saquen a la luz la estructura real de la naturaleza del derecho y los procesos de realización del mismo.

REFERENCIAS

- AA. VV. (2006). *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*. Salamanca: E. U. Salamanca.
- AUSTIN, J. (1970). *Lectures on jurisprudence, or the philosophy of positive law*, vol. 3. New York: B. Franklin.
- AUSTIN, J. (2002). *El objeto de la jurisprudencia*, JUAN RAMÓN DE PÁRAMO (trad. y ed.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- AUSTIN, J. (1981). *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, F. GONZÁLEZ VICÉN (trad. e intrd.). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- BOBBIO, N. (1965). *El problema del positivismo jurídico*, E. GARZÓN VALDÉS (trad.). Buenos Aires: EUDEBA.
- BOBBIO, N. (1980). *Contribución a la Teoría del derecho*, A. RUIZ MIGUEL (ed.). Valencia: F. Torres.
- BOBBIO, N. (1993). *El positivismo jurídico*, R. DE ASÍS y A. GREPPI (trads.). Madrid: Debate.

²³ Cfr. SCHAUER (1996, p. 37). Las posiciones positivistas con frecuencia han sido simplificadas, malinterpretadas y/o confundidas. En este sentido, se comparten muchas de las matizaciones que hace este autor en el trabajo citado.

- CALVO GARCÍA, M. (1994). *Los fundamentos del método jurídico. Una revisión crítica*. Madrid: Tecnos.
- CALVO GARCÍA, M. (2000). *Teoría del derecho*, 2.^a ed., Madrid: Tecnos.
- CALVO GARCÍA, M. (2005). *Transformaciones del Estado y del derecho*. Bogotá: Externado.
- CAMPBELL, T. (1999). *Legal positivism*. Ashgate: Aldershot.
- CAMPBELL, T. (2004). *Prescriptive legal positivism: law, rights and democracy*. London: UCL.
- CAMPBELL, T. (1996). *The legal theory of ethical positivism*. Aldershot: Dartmouth.
- CARBONELL, M. y SALAZAR, P. (eds.) (2005). *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta.
- COLEMAN, J. (ed.) (2001). *Hart's postscript: essays on the postscript of the concept of law*. Oxford: Oxford University Press.
- COTERRELL, R. (2003). *The politics of jurisprudence. A critical introduction to legal philosophy*, 2.^a ed., United Kingdom: LexisNexis.
- DWORKIN, R. (1987). "The theory and the problem of sense", en RUTH GAVISON. *Issues in contemporary legal philosophy. The influence of H. L. A. Hart*. Oxford: Clarendon.
- FERRAJOLI, L. (1990). *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 2.^a ed. Bari: Laterza.
- FERRAJOLI, L. (2006). *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, L. (2002). "Iuspositivismo crítico y democracia constitucional", *Isegoría*, 16.
- GALLIGAN, D. (1992). *Discretionary powers. A legal study of official discretion*. Oxford: Clarendon.
- GALLIGAN, D. (2007). *Law in modern society*. Oxford: OUP-Clarendon Law Series.
- GARCÍA PELAYO, M. (1968). "La idea medieval del derecho", en *Del mito y de la razón en la historia del pensamiento político*. Madrid: Revista de Occidente.
- GEORGE, R. (ed.) (1996). *The autonomy of law: essays on legal Positivism*. Oxford: Clarendon Press.
- GÓMEZ ARBOLEYA, E. (1962). "Supuestos cardinales de la ciencia jurídica moderna", en *Estudios de teoría de la sociedad y del Estado*. Madrid: IEP.
- GÓMEZ ARBOLEYA, E. (1976). *Historia de la estructura y del pensamiento social*. Madrid: IEP.
- GONZÁLEZ VICÉN, F. (1984). "La escuela histórica del derecho", en *De Kant a Marx (Estudios de historia de las ideas)*. Valencia: F. Torres.
- HAWKINS, K. (ed.) (2001). "The use of legal discretion from law and social science", en *The uses of discretion*. Oxford: Clarendon.
- HAWKINS, K. (2002). *Law as last resort: prosecution decision-making in a regulatory agency*. Oxford: Oxford University Press.
- HAWKINS, K. (2003). "Order, rationality and silence: some reflections on criminal justice decision-making", en L. GELSTHORPE y N. PADFIELD (eds.). *Exercising discretion*. Portland: Willan P.
- HART (1994). *The concept of law*, 2.^a ed. Oxford: OUP.

- HOBBS, T. (1980). *Leviatán, o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, M. SÁNCHEZ SARTO (trad.). México: Fondo de Cultura Económica.
- KRAMER, M. (1999). *In defence of legal positivism: law without trimmings*. Oxford: Oxford University Press.
- MARAVALL, J. (1972). *Estado moderno y mentalidad social (siglos xv a xvii)*, t. II. Madrid: Revista de Occidente.
- PEREZ LUÑO, A. (1974). "Escuela histórica y derecho natural", en *Revolución, conservadurismo, tradición*. Madrid: Speiro.
- PRIETO SANCHIS, L. (1997). *Constitucionalismo y positivismo*. México: Fontamara.
- RODILLA, M. (2002). "Entrevista a Delgado Pinto", *Doxa*, 25.
- SAVIGNY, F. (1908). "Sobre el fin de la Revista de la Escuela Histórica", en *La Escuela Histórica del Derecho: documentos para su estudio*, R. ATARD y V. SUÁREZ (trad.). Madrid: Librería General de Victoriano Suárez.
- SAVIGNY, F. (1979). "Savigny y la ciencia del derecho", en A. SQUELLA (ed.). *Revista de Ciencias Sociales*, 14/1.
- SCARPELLI, U. (1965). *Cos'è il positivismo giuridico*. Milano: Comunità.
- SCHAUER, F. (1996). "Positivism as Pariah", en R. P. GEORGE, *The autonomy of law. Essays on legal positivism*. Oxford: Clarendon Press.
- SCHAUER, F. (1999). "Positivism through thin and thick", en T. D. CAMPBELL. *Legal positivism*. Aldershot: Ashgate.
- SEBOK, A. (1998). *Legal positivism in american jurisprudence*. Cambridge: Cambridge University Press.
- TAMANAH, B. (2001). *A general jurisprudence of law and society*. Oxford: Oxford University Press, Oxford Socio-Legal Studies.
- TUORI, K. (2002). *Critical legal positivism*. Aldershot: Ashgate.
- TWINING, W. (2003). *Derecho y globalización*, O. GUARDIOLA-RIVERA et al. (trad.). Bogotá, Siglo del Hombre.
- WEBER, M. (1979). *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, J. WINCKELMANN (ed.). México: Fondo de Cultura Económica.
- ZAGREBELSKY, G. (1995). *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, M. GASCÓN (trad.). Madrid: Trotta.