

**SOBRE EL IUSPOSITIVISMO
QUE HEMOS DE DEJAR ATRÁS.
UNA CRÍTICA IUSNATURALISTA
A “DEJEMOS ATRÁS EL
POSITIVISMO JURÍDICO”
DE ATIENZA Y DE
RUIZ MANERO***

**ON THE IUSPOSITIVISM THAT WE OUGHT
TO LEAVE BEHIND. A IUSNATURALISTIC
CRITIC TO “DEJEMOS ATRÁS EL POSITIVISMO
JURÍDICO” BY ATIENZA AND RUIZ MANERO**

JOSÉ CHÁVEZ-FERNÁNDEZ**

* Una versión sintética de este ensayo se presentó como conferencia en el II Congreso Internacional y V Nacional de Filosofía del Derecho, Ética y Política, realizado en la Universidad Libre de Bogotá, Colombia, del 18 al 20 de agosto de 2010. El autor agradece los comentarios críticos formulados por los profesores Félix Morales Luna, Santiago Ortega Gómero y Reynaldo Bustamante Alarcón a una posterior versión escrita del mismo. Las deficiencias que persistan son exclusiva responsabilidad del autor.

** Abogado, Profesor, Facultad de Derecho Universidad Católica San Pablo, Arequipa, Perú. jchavezfernandez@ucsp.edu.pe



Universidad de
La Sabana

RECIBIDO ENERO 8 DE 2011, APROBADO ABRIL 16 DE 2011

49

RESUMEN

A través de la confrontación de las tesis más relevantes que ATIENZA y RUIZ MANERO proponen en su artículo “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, el autor pretende mostrar —a partir de la respuesta a las preguntas “¿qué iuspositivismo hemos de dejar atrás?”, “¿por qué?” y “¿cómo?”— que existen en el iuspositivismo debilidades explicativas graves respecto de la realidad jurídica, y que estas están vinculadas tanto al escepticismo ético como a la negación de la existencia de un Derecho natural en sentido propio, es decir, de raigambre antropológico-metafísica. Por otro lado, se tratará de evidenciar que dichas debilidades explicativas le son comunes también a los intentos pragmático-constructivistas de superación del iuspositivismo por lo que, en última instancia, ninguno de dichos esquemas conceptuales puede dar cuenta cabal de una realidad como los derechos humanos que se presentan como deudas ético-jurídicas inexcusables fundamentadas en la dignidad ontológica de todos los seres humanos.

PALABRAS CLAVE

Atienza y Ruiz Manero, pospositivismo, iusnaturalismo, iuspositivismo, pragmático-constructivismo.

ABSTRACT

Through the confrontation of Atienza's and Ruiz Manero's thesis proposed in the article called "Let's leave legal positivism behind" (Dejemos atrás el positivismo jurídico) the author seeks to prove —by answering the following questions: what kind of positivism should be left behind? Why? and how?— that there are weaknesses in iuspositivism to explain the legal reality. These weaknesses are more clear in iuspositivism's ethical skepticism and as it denies the existence of an anthropological – metaphysical natural law. On the other hand the author shows how those weaknesses are also common in constructivism's attempts to overcome iuspositivism so at the end neither of those conceptual schemes are able to explain Human Rights as more than just an inexcusable ethical – legal debt based in the ontological dignity of all human beings.

KEY WORDS

Atienza and Ruiz Manero, post-positivism, iusnaturalism, iuspositivism, ethical constructivism.

SUMARIO: 1. PROPÓSITO; 2. ALGUNOS ARGUMENTOS DE ATIENZA Y DE RUIZ MANERO; 3. ¿QUÉ IUSPOSITIVISMO HEMOS DE DEJAR ATRÁS?; 4. ¿POR QUÉ HABRÍA QUE DEJARLO ATRÁS?; 5. ¿CÓMO DEJARLO ATRÁS? (OTRA VEZ SOBRE LO DEFINITORIO DEL IUSPOSITIVISMO); 6. PARA TERMINAR; BIBLIOGRAFÍA.

1. PROPÓSITO

Hemos escogido para comentar un artículo programático de ATIENZA y de RUIZ MANERO que apareciera publicado originalmente en España en 2006¹, y que se ha recogido en un volumen de su coautoría: *Para una teoría postpositivista del Derecho*² que ha visto la luz recientemente en Perú y en Colombia. No pretenderemos aquí hacer un análisis exhaustivo del trabajo de los profesores de la Universidad de Alicante, menos aún, de toda su obra conjunta. Nuestro propósito será ocuparnos del artículo en la medida en que el examen de algunas de sus tesis relevantes y de sus argumentos principales —no pretenderemos rebatirlos todos, lo que no significa que coincidamos con aquello que no discutamos— sea una buena ocasión para seguir perfilando por contraste las propias tesis iusnaturalistas como intentos explicativos de la realidad jurídica. Por ello desarrollaremos los temas controvertidos de fondo sin detenernos en consideraciones y matices demasiado puntuales.

Es sabido que proliferan esquemas conceptuales que pretenden, ya sea rehabilitar el iuspositivismo en orden a ponerlo en condiciones de dar cuenta de fenómenos jurídicos contemporáneos tan significativos como el neoconstitucionalismo o los derechos humanos³, ya sea desecharlo con el objeto de buscar nuevos paradigmas explicativos de dichos fenómenos y de algunos semejantes⁴. Ante tal realidad creemos importante no ceder a la tentación gnoseológica reduccionista, hoy en boga en algunos círculos académicos, que toma como punto de partida acrítico el rechazo a toda propuesta de solución metafísica⁵. Ciertamente, la nuestra será una crítica desde el iusnaturalismo que algunos preferirían llamar “clásico” y que

¹ José Antonio RAMOS y Miguel Ángel RODILLA (eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2006.

² Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO, “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2009, pp. 127-155. En adelante: DAPJ.

³ Véase, por ejemplo, Wilfrid J. WALUCHOW, *Positivismo jurídico incluyente*, trad. Marcela Gil y Romina Tesone, Barcelona, Marcial Pons, 2007, pp. 16-18.

⁴ Véase, por ejemplo, Ronald DWORKIN, *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 2002, pp. 31 y ss. Véase también Robert ALEXI, “En torno al concepto y la naturaleza del Derecho”, *El concepto y la naturaleza del Derecho*, trad. Carlos Bernal Pulido, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 73 y ss., o también, Robert ALEXI, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Lima, Palestra, 2007, pp. 293 y ss.

⁵ Más allá de que teorías como la de ROSS sean difíciles de seguir hoy, su aproximación a la metafísica tiene cierta vigencia: “[...] las aserciones metafísicas no admiten ser refutadas, precisamente porque ellas se mueven en una esfera que está más allá del alcance de la verificación. Hay que aprender simplemente a pasarlas por alto como algo que no tiene función o lugar legítimo en el pensamiento científico [...] el modo más efectivo de derrotar a la metafísica en el Derecho es simplemente crear una teoría jurídica científica cuya autosuficiencia relegue a las especulaciones metafísicas al olvido, junto con otros mitos y leyendas de la infancia de la civilización”. Alf ROSS, *Sobre el Derecho y la justicia*, 3 ed., trad. Genaro Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 2006, p. 319.

nosotros sencillamente adjetivaremos “realista”, usado el término para referirnos a la realidad que es susceptible de ser conocida por la razón también en su dimensión precisamente metafísica⁶.

Huelga explicar que coincidimos plenamente con la tesis central del trabajo: es conveniente dejar atrás el positivismo jurídico. Sin embargo, no podemos coincidir a cabalidad ni con la identificación del mismo, ni con las razones por las cuales hay que dejarlo atrás ni con la manera en que hemos de hacerlo. Nos ocuparemos aquí, en primer lugar, de esbozar algunos de los argumentos de ATIENZA y de RUIZ MANERO, para luego concentrarnos en el núcleo del artículo e intentar responder —a través de un debate con sus tesis principales— a las preguntas “¿Qué iuspositivismo hemos de dejar atrás?”, “¿por qué habría que dejarlo atrás?” y por último “¿cómo habría que dejarlo atrás?”

2. ALGUNOS ARGUMENTOS DE ATIENZA Y DE RUIZ MANERO

Los profesores de la Universidad de Alicante inician su argumentación justificando la importancia que el debate al interior del iuspositivismo tiene hoy para toda la teoría del Derecho, pero sobre todo para la metateoría jurídica⁷. Luego emprenden —casi militantemente, a nuestro juicio— un alegato a favor de las actitudes iuspositivistas en general a lo largo de la historia reciente de España y de Latinoamérica. Para nuestros autores, el iusnaturalismo habría estado vinculado al franquismo, a la dictadura argentina de 1976, y a una actitud política en general conservadora y de derecha, mientras que el iuspositivismo habría estado ligado a la oposición de esos regímenes dictatoriales —incluido el nazi—, y a una actitud política básicamente liberal o socialista⁸.

Vale la pena decir al paso que hubiésemos preferido un análisis de la vinculación entre las ideologías de dichas dictaduras y las diversas posturas iusfilosóficas, antes que un apunte meramente descriptivo y parcial de ciertas coincidencias. En todo caso, a nuestro juicio, mientras que el iusnaturalismo realista —por principio y desde su esquema conceptual— es capaz de enjuiciar el Derecho legal y las prácticas políticas de aquellos y otros regímenes dictatoriales, el iuspositivismo, si quiere ser fiel a sus postulados esenciales, no puede sino reconocer como básicamente jurídicas dichas prácticas y hacer de su crítica moral un asunto meramente personal y a-científico.

Luego de hacer una valoración de los esclarecedores y conocidos aportes taxonómicos de BOBBIO⁹ y de GONZÁLEZ VICÉN¹⁰, nuestros autores sostienen que la concepción

⁶ Así lo detallamos en José CHÁVEZ-FERNÁNDEZ P., “Notas para un iusnaturalismo realista en clave antropológica”, Conferencia VI Jornadas Internacionales de Derecho Natural, Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 20-22 de octubre de 2010 (inérita).

⁷ Cfr. DAPJ, p. 127.

⁸ Cfr. *ibid.*, pp. 128-130.

⁹ Cfr. *ibid.*, pp. 130-131. Puede verse Norberto BOBBIO, *El problema del positivismo jurídico*, trad. Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 2009, pp. 41-54.

¹⁰ Cfr. DAPJ, p. 132.

iuspositivista predominante entre nosotros ha sido el positivismo “como enfoque” referido por BOBBIO y el “normativista” de la clasificación de GONZÁLEZ VICÉN, y que dicha concepción ofrecía, cuando menos, dos ventajas: por un lado esclarecía el Derecho como objeto de estudio y, por otro, dejaba abierta la crítica al Derecho positivo a diferencia de lo que ocurría con los autores iusnaturalistas¹¹. Quizá eso lleva a pensar a los profesores de la Universidad de Alicante que el iuspositivismo que predominó: “[...] cumplió sin duda un papel muy positivo, en cuanto contribuyó a la renovación de la filosofía del Derecho en nuestros países y, quizás en menor medida, a guiar la dogmática y la práctica del Derecho por caminos menos cenagosos que los que había trazado el Derecho natural de corte tradicional”¹². Más allá de que no se dan aquí detalles del contenido de dichos aportes, puede entenderse que son, por lo menos, los incorporados por los autores a su propia teoría¹³.

Posteriormente, afirman que la discusión sobre el iuspositivismo ha estado ligada a los planteamientos de dos autores —DWORKIN y ALEXY— vinculados respectivamente a quienes han sido a su juicio no solo dos iusnaturalistas, sino además, los más interesantes del siglo XX: FULLER y RADBRUCH¹⁴. Y tras desarrollar brevemente las posturas de DWORKIN y de ALEXY¹⁵ entran en lo que constituye el núcleo del artículo.

Siguiendo una reflexión de José Juan MORESO, nuestros autores reseñan que las dos tesis más comunes del iuspositivismo —la de las fuentes sociales y la de la separación entre Derecho y moral— pueden entenderse de maneras diferentes, dando lugar a tres tipos de positivismo jurídico: a) el duro o excluyente, en el que la identificación del Derecho no puede depender de la moral; b) el blando o incluyente, que no necesitaría depender de la moral, y c) el axiológico o normativo, para el que no debería depender de la moral¹⁶.

Para ATIENZA y RUIZ MANERO, la crítica principal al iuspositivismo excluyente —ejecutada a manera de ejemplo en cabeza de RAZ y de BULYGIN— radica en que contrasta fuertemente con ideas ampliamente difundidas sobre la forma en que el Derecho resuelve los casos prácticos. Por otro lado, la crítica más importante a la versión iuspositivista débil —esta vez los ejemplos son CARRIÓ y MORESO— consiste en que, por un lado, la relación contingente entre Derecho y moral es de escaso interés para los juristas al no tratar sobre nuestros sistemas jurídicos y, por otro lado, su pretensión de ponerse al servicio de una teoría descriptiva y general del Derecho. Sobre la crítica de Juan Carlos BAYÓN al iuspositivismo débil que rese-

¹¹ Cfr. *ibid.*, pp. 133-134.

¹² *Ibid.*, p. 134.

¹³ Véanse, por ejemplo, los que reseñan en DAPJ, p. 151.

¹⁴ *Ibid.*, p. 135. A nuestro juicio, una de las razones que hace interesante la postura de Radbruch es precisamente su rechazo al iuspositivismo a causa de su experiencia del nazismo. Hervada prefiere calificar su postura de “objetivismo jurídico”; véase Javier HERVADA, *Historia de la ciencia del Derecho natural*, 3 ed., Pamplona, Eunsa, 1996, p. 325. Para ahondar en las razones de dicha opción puede verse Javier HERVADA, *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, Pamplona, Eunsa, 1992, pp. 130-133. Para una crítica al supuesto “iusnaturalismo” de Fuller puede verse, Jorge Guillermo PORTELA, “El problema de la relación entre moral y Derecho en Hart y Fuller. Aportes para una polémica”, en José CHÁVEZ-FERNÁNDEZ P. (comp.), *Derecho y moral en el debate iusfilosófico contemporáneo*, Arequipa, Universidad Católica San Pablo, 2010, pp. 136-141.

¹⁵ DAPJ, pp. 135-137.

¹⁶ *Ibid.*, pp. 137-138.

ñan y descartan nuestros autores volveremos más adelante. Finalmente, la crítica que ATIENZA y RUIZ MANERO llevan a cabo sobre el iuspositivismo axiológico —aquí los ejemplos son ATRIA y HIERRO— se realiza bajo la batuta de MORESO básicamente cuestionando el que la introducción de la moral en el Derecho acarree la falta de certeza jurídica dañando así la autonomía de las personas, y esto sería así porque, por un lado, el desacuerdo moral no es absoluto, y, por otro, la moral no reemplaza las reglas claras y precisas en el sistema, solo resulta ser su test de validación¹⁷.

Con lo resumido estamos ya en condiciones de entrar a discutir las tesis centrales del trabajo.

3. ¿QUÉ IUSPOSITIVISMO HEMOS DE DEJAR ATRÁS?

ATIENZA y RUIZ MANERO nos ofrecen lo que a su juicio son las dos tesis definitorias de cualquier iuspositivismo: a) la tesis de las fuentes sociales, entendida por ellos como que el Derecho es un fenómeno social, es decir, mutable, histórico, cuyo contenido depende de actos humanos, y b) la tesis de la separación entre Derecho y moral, que a su juicio tiende a entenderse en su versión “débil” o “mínima” como que el valor moral de una norma no es condición suficiente y puede no ser condición necesaria de su validez jurídica¹⁸.

Nos parece que lo que ATIENZA y RUIZ MANERO hacen es dar por sentado que para hallar las tesis definitorias del iuspositivismo como postura general hay que acomodarlas a las sostenidas por su versión incluyente. A nuestro juicio, se extraña una reflexión sobre el fenómeno iuspositivista como la de SERNA que descarta que se pueda prescindir para dicha conceptualización de las tesis que ha sostenido el iuspositivismo desde su gestación y durante parte importante de su historia, básicamente por tratarse —a su criterio— de una “[...] tradición (es decir [...] una corriente de pensamiento dotada de cierta unidad orgánica en cuanto a su propósito, al punto de vista o a ciertas opiniones) poseedora a la vez de señas ciertas de identidad y de una existencia dinámica y viva, que alberga en su seno posiciones diferentes, en ocasiones encontradas, entre sus seguidores”¹⁹.

Creemos que por esta razón, además, nuestros autores no llegan a advertir la relevancia de la tesis del escepticismo ético como parte integrante —aun cuando en muchos casos, latente— de las tesis definitorias del iuspositivismo como tradición²⁰, asunto sobre el que conviene ocuparnos después.

¹⁷ Ibid., pp. 138-144.

¹⁸ Ibid., p. 145.

¹⁹ Pedro SERNA, “El ‘inclusive legal positivism’ ante la mirada de un observador”, en Renato RABBI-BALDI (coord.), *Las razones del Derecho natural*, 2 ed., Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo de Palma, 2008, p. 153. ATIENZA y RUIZ MANERO tampoco prescindirán en su crítica de estas tesis “clásicas” del iuspositivismo, pero sin justificación suficiente desde su punto de partida —a nuestro modo de ver—, como tendremos oportunidad de mostrar más adelante.

²⁰ En el mismo sentido, por ejemplo, Carlos Santiago NINO, *Ética y derechos humanos*, 2 ed., Buenos Aires, Astrea, 2007, p. 16.

Detengámonos ahora en la primera de las críticas —la menos grave— que los profesores de Alicante formulan al iuspositivismo y que restringen a su versión “mínima”. Según su criterio, la debilidad de este iuspositivismo no estaría en la falsedad de sus tesis definitorias, sino en su irrelevancia, pues se trataría de tesis que aceptarían también “[...] todos aquellos que hacen teoría del Derecho de forma no extravagante”, incluidos la mayor parte de los iusnaturalistas²¹. Esbozaremos una crítica iusnaturalista al planteamiento señalado intentando no ser derrotados por este nuevo test de “extravagancia”.

Ciertamente, no vemos problema en aceptar como verdadera la tesis a) (de las fuentes sociales) —en la manera en que viene conceptualizada por ATIENZA y por RUIZ MANERO—, es decir: el Derecho es un fenómeno social, histórico, de contenido mutable. Lo que sí nos genera dudas es que se trate de una formulación que corresponda con lo común del iuspositivismo en general. Tendemos a pensar que el punto de la discordia con aproximaciones como la iusnaturalista realista se encuentra en que lo que muchos iuspositivistas pretenden no es que el Derecho sea un fenómeno social —lo cual es evidente y aceptado también por los iusnaturalistas—, sino en que sea “solamente eso”, es decir, pura y mera creación humana, susceptible de ser identificada sin recurrir a criterios morales²², ya sea porque la autoridad competente incorpora el contenido al sistema jurídico a través de actos formales, ya sea porque lo incorpora la sociedad a través de alguna versión de la regla de reconocimiento. Queda claro que una de las tesis centrales del iusnaturalismo en contraposición a esta es que en el fenómeno jurídico existe una dimensión del Derecho —un contenido— que no es un mero hecho social —“tesis de las fuentes racionales” la llama MASSINI—²³, sino que está constituido por exigencias básicas e indisponibles de justicia —entiéndase: jurídicas— que la razón puede conocer y reconocer a través —que no infiriéndolas falazmente²⁴— de la consideración metafísica —o profunda— de lo que nos hace humanos.

Respecto de la tesis b) (la separación entre Derecho y moral) creemos que cierto sector del iusnaturalismo realista encontraría también algunas dificultades para el asentimiento, por lo menos sin una previa discusión. En la versión de nuestros autores la tesis afirma: b1) el valor moral de una norma no es condición suficiente de su validez jurídica, y b2) el valor moral de una norma puede no ser condición necesaria de su validez jurídica. Desde nuestra perspectiva creemos posible afirmar que el valor moral —si por este se entiende estrictamente “de justicia”— sí puede ser condición suficiente para su validez jurídica —entendiendo por “validez jurídica” su capacidad inherente de obligar moralmente en justicia²⁵—, aunque

²¹ DAPJ, pp. 145-146.

²² Cfr. Joseph RAZ, “La cuestión de la naturaleza del Derecho”, *La ética en el ámbito público*, trad. María Luz Melón, Barcelona, Gedisa, 2001, pp. 220-225.

²³ Cfr. Carlos Ignacio, MASSINI CORREAS, *Filosofía del Derecho*. Tomo III: *El conocimiento y la interpretación jurídica*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, p. 198.

²⁴ Cfr. John FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, trad. Cristóbal Orrego, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, pp. 66-68. Para GEORGE, por ejemplo, no hay oposición entre la idea de que la ley natural se fundamenta en la naturaleza humana y la idea de la no posibilidad de derivación lógica de la ley natural a partir de conocimiento teórico alguno. Cfr. Robert P. GEORGE, “Natural Law and Human Nature”, *In Defense of Natural Law*, New York, Oxford University Press, 1999, pp. 85-90.

²⁵ Claro que no parece ser esa la idea que los autores manejan de “validez jurídica”. Puede verse, por ejemplo:

es más difícil postular que sea vigente u oponible en el foro sin reconocimiento social alguno²⁶. Pensamos, por ejemplo, en aquellos principios morales de justicia respecto de los cuales el juez se descubre obligado a aplicar en el caso concreto por su propia fuerza vinculante y no por su reconocimiento autoritativo formal o socialmente explícito²⁷. Por otro lado, creemos que el valor moral de justicia de una norma sí puede ser condición necesaria de su validez, puesto que puede darse el caso de que una norma establecida por los órganos legítimos de producción del Derecho positivo tenga serias deficiencias de justicia —y así podamos llamarla “injusta”—, pero que en virtud del bien común convenga obedecerla²⁸, lo que no puede ser es que tal norma mantenga su validez —su valor moralmente obligatorio de justicia— atentando directamente contra prohibiciones de ley natural²⁹ —como la de matar a un inocente, por ejemplo—, a lo que se refiere, a nuestro juicio, Finnis, cuando habla de la existencia de “absolutos morales”³⁰. A esto que sostiene el iusnaturalismo podríamos llamarlo —para seguir con la terminología de MASSINI— “tesis de la relación”, por la que ética y Derecho se relacionan constitutivamente³¹.

Con lo dicho podríamos concluir preliminarmente que las tesis definitorias de este iuspositivismo “básico” o “mínimo” en la versión reseñada resultan controvertidas —por lo menos para un sector del iusnaturalismo— por lo que no serían necesariamente irrelevantes. Eso sí —a nuestro juicio— resultan por lo menos incoherentes, pero sobre ello volveremos más adelante.

4. ¿POR QUÉ HABRÍA QUE DEJARLO ATRÁS?

La razón por la que nuestros autores estiman que hay que dejar atrás el iuspositivismo es su “debilidad”, la que evidencian —hasta donde hemos podido apre-

Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO, “Seis acotaciones preliminares para una teoría de la validez jurídica”, *Para una teoría postpositivista del Derecho*, ob. cit., pp. 35 y ss.; o “Tres problemas de tres teorías de la validez jurídica”, ob. cit., pp. 76 y ss.

²⁶ Puede revisarse el manejo en HERVADA de la relación entre existencia-validez del Derecho natural y promulgación-vigencia del mismo: JAVIER HERVADA, *Introducción crítica al Derecho natural*, 10 ed., Pamplona, Eunsa, 2001, pp. 177-178. Sin embargo, hay iusnaturalistas que insisten más en la necesidad de la incorporación del Derecho natural al sistema de fuentes formales para lograr su promulgación. Por ejemplo, SERNA, quien llega a ver —a nuestro juicio, exageradamente—: “un núcleo de verdad en el positivismo jurídico” por sostener la tesis de las fuentes sociales. Cfr. PEDRO SERNA, “Sobre las respuestas al positivismo jurídico”, en Renato RABBI-BALDI (coord.) *Las razones del Derecho natural*, ob. cit., pp. 135-136. Y desde su propio punto de vista, de manera semejante: ROBERT P. GEORGE, “Natural Law and Positive Law”, *In Defense of Natural Law*, ob. cit., pp. 110-111.

²⁷ Recuérdese, por ejemplo, el caso de Riggs frente a Palmer reseñado por Dworkin, dicho esto aun cuando no podamos considerar al profesor de la Universidad de Nueva York un iusnaturalista, ni tampoco entendamos los principios jurídicos de la misma manera. Cfr. RONALD DWORKIN, *Los derechos en serio*, ob. cit., p. 73.

²⁸ Cfr. Sto. Tomás DE AGUIÑO, *Summa theologiae*, I-II, q. 96, a. 4. En adelante: *Summa theologiae*. Ver al respecto ROBERT P. GEORGE, “Ley natural”, *Moral pública: debates actuales*, trad. Miriam Rabinovich, Santiago de Chile, Instituto de Estudios de la Sociedad, 2009, pp. 34-35.

²⁹ Cfr. *Summa theologiae*, II-II, q. 33, a. 2.

³⁰ Cfr. JOHN FINNIS, *Absolutos morales*, trad. Juan José García, Barcelona, Eunsa, 1992, p. 33. Dicho esto, sin perjuicio de reconocer que para Finnis la norma injusta sigue siendo Derecho aunque, como se sabe, no en su sentido “focal”; cfr. JOHN FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, ob. cit., pp. 390-394. Dicho sea de paso, para un sector importante del iusnaturalismo —en el que nos incluimos— el Derecho en sentido primario no es norma sino más bien “lo justo”. Cfr. MICHEL VILLEY, *Filosofía del Derecho*, trad. Evaristo Palomar, Barcelona, Scire Universitaria, 2003, pp. 53 y ss.

³¹ Cfr. Carlos Ignacio MASSINI CORREAS, *Filosofía del derecho*, ob. cit., p. 198.

ciar— a través de tres de sus deficiencias graves. Dos de ellas aparecen si a las tesis definitorias e irrelevantes que comparte todo iuspositivismo se les añaden otros rasgos típicos del mismo como son la concepción descriptivista del Derecho y la de las normas jurídicas como exclusivamente directivas de conducta, lo que haría al positivismo jurídico “[...] un obstáculo que impide el desarrollo de una teoría y una dogmática del Derecho adecuadas a las condiciones del Estado constitucional”³². La tercera aparece vinculada a todas las versiones del iuspositivismo y tiene que ver con entender el Derecho solo como sistema y no también como práctica social. Veámoslas una por una, sintéticamente.

La primera deficiencia consiste en que el descriptivismo a-valorativo del iuspositivismo contribuyó

“[...] a convertir a la teoría del Derecho en una especie de huerto cerrado, cuyos frutos aparecían como de interés muy limitado para todos aquellos que no eran sus cultivadores directos. Y ello porque el carácter libre de valoraciones implica fuertes restricciones respecto de los discursos en los que, desde una teoría del Derecho así entendida, cabe participar”³³.

La segunda está relacionada con que la tesis imperativa de la norma jurídica que ve “[...] los juicios de valor como derivados de las directivas, y estas como expresiones de una voluntad que esgrime una pretensión de autoridad ilimitada...”³⁴ supone, por un lado, límites para la pretensión del iuspositivismo de comprender el Derecho positivo que no solo consta de normas que prescriben conductas sino también de normas que reconocen contenidos que preexisten, y por otro lado, lo inhabilita en la participación de discusiones hoy centrales como la de los conflictos de principios y de derechos constitucionales, y la de las excepciones implícitas a las reglas³⁵.

La tercera tiene que ver con que el iuspositivismo tiene una aproximación exclusivamente del Derecho como sistema para ser descrito teóricamente por el jurista, y no como práctica social en la que este participe aportando en su desarrollo. Para nuestros autores: “(p)or algo tanto en la obra de Dworkin como en la de Alexy, esto es, los dos autores que han desarrollado las que podría considerarse como teorías no positivistas del Derecho de mayor impacto, se subraya esa necesidad de considerar el Derecho como una práctica social”³⁶.

No obstante que a nuestro juicio ATIENZA y RUIZ MANERO aciertan al señalar las tres deficiencias mencionadas, nos permitiremos hacer algunos comentarios breves.

Lo primero que habría que señalar es que nos parece que por momentos en su crítica se acentúa el que estas deficiencias —quizá más la primera— lo sean más

³² DAPJ, p. 145.

³³ *Ibid.*, p. 147.

³⁴ *Ibid.*, p. 150.

³⁵ Cfr. *ibid.*, pp. 148-150.

³⁶ *Ibid.*, p. 152.

porque hacen del iuspositivismo objeto de poco interés entre los juristas, que por la reductiva aproximación explicativa del Derecho a la que conllevan impida a la teoría dar cuenta a cabalidad de realidades tan trascendentalmente jurídicas como los derechos humanos y su intrínseco contenido moral, por poner quizá el ejemplo más claro. Dicho de otro modo, lo criticable aquí —a nuestro juicio— no es que los iuspositivistas tengan hoy pocos seguidores por su restringido campo de interés teórico, sino más bien que por su autoenclaustrado campo de mira, reducen y por ello deforman —que no es otra cosa pretender que una dimensión sea el todo— la realidad jurídica, y eso, lógicamente, termina haciendo a la teoría poco verdadera y poco atractiva.

En segundo lugar —y dejándonos acompañar en este punto por las intuiciones de Pedro SERNA—, diremos que al parecer nuestros autores no terminan de ver el hilo conductor entre las tesis definitorias del iuspositivismo en su versión “mínima” y las tesis clásicas del mismo. Eso los lleva a dirigir sus críticas principalmente a la versión excluyente como si varias de sus tesis centrales —echadas por la borda por la versión incluyente para mantener a flote el navío iuspositivista frente a la marejada del neoconstitucionalismo³⁷— fuesen de verdad independientes entre sí. Por ejemplo, a nuestro juicio, ATIENZA y RUIZ MANERO no llegan a ver con claridad que si se acepta por parte del iuspositivismo en general la tesis de las fuentes sociales es precisamente porque se cree que no es posible hacer una lectura científica —entiéndase: verdadera— de algo que no sea un dato positivo, como pasa con las valoraciones morales para el iuspositivismo más clásico³⁸. Lo mismo podríamos decir de la tesis imperativista: si solo se admite por principio la existencia del Derecho positivo —entiéndase: el creado por el hombre— ¿qué otra cosa puede ser el Derecho en última instancia sino el mandato libérrimo de quien detenta el poder? De ahí que la propuesta del iuspositivismo débil nos parezca radicalmente incoherente³⁹, puesto que se mantiene positivista abandonando quizá la única “razón ventajosa” —desde su punto de vista— para serlo: la exclusión del campo epistemológico jurídico de las valoraciones y de la supuesta inseguridad jurídica a la que conllevan. Ahora bien, parece que la incoherencia no solo es déficit de la versión incorporacionista, sino también de las versiones más clásicas, puesto que —como ha mostrado suficientemente SERNA— su prescindencia de valoraciones morales en el Derecho se da a través de una valoración axiológica de fondo y como punto de partida, que si bien se hace explícita en la versión ideológica, se pretende ocultar en la excluyente: la reducción arbitraria de la realidad cognoscible al mero dato positivo o experimentable⁴⁰.

³⁷ Véase, por ejemplo, Pedro SERNA, “El inclusive legal positivism ante la mirada de un observador”, ob. cit., pp. 146-147.

³⁸ Cfr. Ibid., pp. 157-159. También Andrés OLLERO TASSARA, “La eterna rutina del positivismo jurídico”, en Carlos Ignacio MASSINI CORREAS (comp.) *El iusnaturalismo actual*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, pp. 252 y ss.

³⁹ Finnis tiene sus propias razones de peso para verlo de manera semejante. Ver John FINNIS, “Sobre la incoherencia del positivismo jurídico”, trad. Carolina Pereira Sáez, en Santiago LEGARRE *et al.* (eds.), *La lucha por el Derecho natural. Actas de las Jornadas en Homenaje a John Finnis*, Santiago de Chile, Universidad de los Andes, 2006, pp. 55-61.

⁴⁰ Cfr. Pedro SERNA, “Sobre las respuestas al positivismo jurídico”, ob. cit., p. 133.

Por último, a pesar de que ATIENZA y RUIZ MANERO insisten en las ventajas del iuspositivismo sobre el iusnaturalismo como teoría del Derecho, nos parece extraño que no reconozcan por lo menos que las tres críticas duras que le hacen al iuspositivismo son hechas también por el iusnaturalismo realista —más allá de las indudables diferencias de fondo—⁴¹. ¿Dónde radica entonces esta ni tan completa ni tan explícita afinidad entre una posición que podríamos denominar “pragmático-construccionista”⁴² como la de nuestros autores y el iuspositivismo? Esta pregunta nos conduce al último acápite de nuestro trabajo.

5. ¿CÓMO DEJARLO ATRÁS? (OTRA VEZ SOBRE LO DEFINITORIO DEL IUSPOSITIVISMO)

Veíamos que ATIENZA y RUIZ MANERO descartan pronto en su argumentación una de las críticas que Juan Carlos Bayón ha dirigido al iuspositivismo débil. Reseñada por ellos esta consistiría en que tal postura acepta como jurídico un discurso solo aparentemente moral al incorporarlo al Derecho únicamente en la medida que ha sido constreñido por nuestras convenciones sociales. A juicio de BAYÓN, tal situación dejaría al iuspositivismo débil en un dilema más o menos así: o abandonar el convencionalismo ético o aceptar un iuspositivismo fuerte⁴³. Nos parece que de fondo lo que aquí está en juego —y que nuestros autores parecen no advertir suficientemente— es la relevancia definitoria de la tesis iuspositivista del escepticismo o no cognitivismo ético.

Tendemos a pensar que tal tesis —por la que no podría haber conocimiento racional y verdadero en materia ética dejando el valor moral como objeto de apreciaciones meramente subjetivas— termina estando presupuesta —si no defendida explícitamente— en toda postura realmente iuspositivista, siendo algo así como su tesis de base⁴⁴. En ese sentido, creemos que es posible sostener que tanto la tesis de la separación-separabilidad conceptual entre Derecho y moral, como la tesis de las excluyentes fuentes sociales del Derecho descansan sobre el presupuesto escéptico en materia ética. Y ello no deja de tener cierta lógica, dado su punto de partida. Digamos que lo primero en el iuspositivismo sería una actitud valorativa epistemológica reduccionista y jamás justificada: el positivismo de fon-

⁴¹ Puede verse Rodolfo Luis VIGO, “El iusnaturalismo clásico frente a las teorías de la interpretación y de la argumentación jurídica”, *Ars iuris*, núm. 37, 2007, pp. 99-118.

⁴² Si bien ATIENZA y RUIZ MANERO no han definido su propuesta en esos términos, nos permitimos llamarla así aquí por razones metodológicas siguiendo la completa clasificación propuesta por MASSINI inspirada en la de ALEXI. Cfr. Carlos Ignacio MASSINI CORREAS, *Filosofía del Derecho*. Tomo I: *El Derecho, los derechos humanos y el Derecho natural*, 2 ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2005, pp. 8-9, y Robert ALEXI, *El concepto y la validez del Derecho*, 2 ed., trad. Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, 2004, p. 133.

⁴³ Cfr. DAPJ, p. 141. En el mismo sentido, aunque desde una perspectiva distinta, nos parece Liborio HIERRO, “¿Por qué ser positivista?”, *Doxa*, núm. 25, 2002, pp. 291 y ss.

⁴⁴ Nos parece que en ese mismo sentido van posturas iuspositivistas como la de Alf Ross, ob. cit., pp. 443-448, la de Hans KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, 14 ed., trad. Roberto Vernengo, México, Porrúa, 2005, pp. 71 y ss., la de Norbert HOERSTER, *En defensa del positivismo jurídico*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Barcelona, Gedisa, 2000, pp. 10 y ss., o la de Eugenio BULYGIN, “Sobre el *status* ontológico de los derechos humanos”, *Doxa*, núm. 4, 1987, p. 83, aunque parece ya no pensar así: Eugenio BULYGIN, *El positivismo jurídico*, México, Fontamara, 2006, pp. 116-119. Por supuesto, en contra de lo que sostenemos, hay muchas otras posturas, por ejemplo, la de Agustín SQUELLA, *Positivismo jurídico, democracia y derechos humanos*, México, Fontamara, 2004, pp. 51 y ss.

do, para luego, una vez negada la posibilidad de todo conocimiento verdadero en materia moral, se niegue, por un lado, la relación necesaria entre el Derecho y cualquier concepción moral supuestamente subjetiva, y por otro, se reduzca el Derecho científicamente cognoscible al puesto por la sociedad y supuestamente observable como mero hecho objetivo⁴⁵.

Pero aun cuando no se admitiese que el escepticismo o no cognitivismo ético fuese algo así como la tesis “medular” de toda postura propiamente iuspositivista, parece que no se puede dejar de admitir que lo sea la tesis de la negación de un auténtico y propio Derecho natural⁴⁶. A esta se llega especificando las dos tesis “definitorias” del iuspositivismo: a) afirmando la separación conceptual entre Derecho y moral, si por “moral” entendemos aquí las exigencias objetivas e indisponibles de justicia que, teniendo un fundamento antropológico-metafísico, son susceptibles de ser conocidas por la razón natural⁴⁷, y b) afirmando la tesis de las fuentes sociales en el sentido amplio, como negatoria de la condición ontológica humana como fuente directa de Derecho.

A nuestro modo de ver, una tesis de tal naturaleza —para nada irrelevante— lograría identificar convenientemente el iuspositivismo de fondo que vincula a las versiones excluyentes, incluyentes y axiológicas. El problema con ello es que lo haría tan ampliamente que haría “iuspositivistas” —en ese sentido general— también a gran cantidad de propuestas que se autoconciben como “no-positivistas” al proponer algún tipo de postura “intermedia” por la que el Derecho tendría necesariamente algún componente ético pretendidamente objetivo, de cuño constructivo y no antropológico-metafísico⁴⁸. Nos referimos a propuestas tan diversas como las de DWORKIN, NINO, ALEXY y también —a nuestro modo de ver— a la de ATIENZA y de RUIZ MANERO⁴⁹.

⁴⁵ Puede verse una aproximación en parte semejante en Rodolfo Luis VIGO, “Iusnaturalismo vs. Iuspositivismo (Un alegato iusnaturalista)”, en Daniel Alejandro HERRERA (comp.), *II Jornadas internacionales de Derecho natural: Ley natural y multiculturalismo*, Buenos Aires, Educa, 2008, p. 266.

⁴⁶ Esta idea no riñe, por supuesto, con la afirmación iuspositivista de un empírico “contenido mínimo de Derecho natural”. Ver Herbert HART, *El concepto de Derecho*, 2 ed., trad. Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2004, pp. 239-247. Parece coincidir en esto con nuestro planteamiento, por ejemplo, Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Lima, Jurista Editores, 2008, p. 232.

⁴⁷ Aunque, como señalamos, sin ser deducidas de juicios indicativos sobre la naturaleza del hombre.

⁴⁸ Para GARCÍA FIGUEROA: “[...] parece ser que en el plano metaético existen dos tipos de iuspositivistas: los escépticos en materia moral y los no escépticos en materia moral. Los primeros rechazan la relación entre Derecho y moral crítica, porque rechazan toda objetividad moral a la que el Derecho pueda vincularse. Los segundos rechazan la relación entre Derecho y moral crítica precisamente por su celo en preservar a esta de toda contaminación proveniente del ejercicio del poder implícito en el Derecho. Seguramente ambos extremos presentan problemas y por eso resulta razonable imaginar como un desenlace no improbable de un debate entre ambos tipos de positivistas un cierto compromiso entre escepticismo y objetivismo ético. Pero si se diera este compromiso, entonces desembocaríamos seguramente en un punto medio [...] Quizá no sería descabellado del todo pensar que una confrontación metaética sería entre ambos tipos de positivistas pudiera finalmente entregarlos a su común antagonista de vocación neoconstitucionalista”; Alfonso GARCÍA FIGUEROA, “La teoría del Derecho en tiempos de constitucionalismo”, en Miguel CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4 ed., Madrid, Trotta, 2009, p. 185.

⁴⁹ ATIENZA y RUIZ MANERO aceptan para su postura un objetivismo ético “moderado” o cognitivismo ético “mínimo”, a su modo de ver “[...] equidistante tanto con respecto al relativismo como al absolutismo moral”. Cfr. Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO, 2 ed., *Las piezas del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2007, p. 18. Puede verse también su aproximación, por ejemplo, a los principios, sintéticamente, en Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO, 2 ed., *Íllicitos atípicos*, Madrid, Trotta, 2006, pp. 16 y ss.

Pero, ¿es posible tildar en sentido amplio de “escepticismo ético” a un tipo de postura que defiende la idea de una moral incluso objetiva? Creemos que sí, en la medida en que tal tipo amplio de posturas pretenden —ya sea formal, argumentativa, consensual o procedimentalmente— “construir” o “elaborar” dicha objetividad moral y no “reconocerla” —aunque histórica y perfectiblemente, pues se trata de una verdad práctica⁵⁰— como un genuino bien humano⁵¹. Dicho lo anterior, sin perjuicio de que el uso judicial de esos o semejantes modelos termina siendo algunas veces en la práctica de nuestros tribunales —y en parte por su propia insuficiencia— “ropajes justificativos” no al servicio de la objetividad ético-jurídica, sino al de decisiones ideológicas y arbitrarias, en particular, en los denominados “casos difíciles”⁵². Se trataría de un cognitivismo ético débil, compatible —a nuestro juicio— con una clase de escepticismo o no-cognitivismo ético: aquel que versa sobre la posibilidad de conocer las exigencias indisponibles y materiales de justicia que radican en la naturaleza humana o, dicho de otro modo, un escepticismo respecto de que el bien humano pueda hallarse en parte considerando en profundidad lo que nos hace humanos⁵³. En última instancia, algo que podríamos llamar también un “escepticismo ético-antropológico”, o simplemente un “iuspositivismo”, en el sentido más amplio o extenso del término.

Pero esto que podría parecer un problema por resolver, quizá termina siendo el inicio de la solución del problema clasificatorio de fondo, pues si bien dividir el espectro iusfilosófico en iusnaturalistas e iuspositivistas en sentido amplio o general puede resultar polémico por excesivamente simplificador⁵⁴, tiene la ventaja de poner el punto de interés en lo que a nuestro juicio resulta ser el problema definitivo de toda la discusión iusfilosófica de fondo: el ser humano y su condición ontológica como lo definitorio de lo propiamente jurídico. La tesis negatoria de este elemento nos daría la pista para rastrear la afinidad radical y más o menos latente que muchas posturas de signo “pragmático-constructivista” —en los tér-

⁵⁰ Para MASSINI CORREAS: “[...] la referencia *objetiva* de las proposiciones éticas o jurídicas, es una relación en cierta medida independiente del entendimiento humano, ya que es captada por el conocimiento práctico intencionalmente, i.e., como teniendo una existencia distinta del acto que las conoce; pero también es claro que esas relaciones adquieren carácter ético solo al ser aprehendidas en cuanto tales por el hombre en el uso de su conocimiento práctico. Se trata en este caso, por lo tanto, de objetos que en un cierto sentido —el sentido existencial— son independientes del conocimiento, pero que en otro sentido —el deóntico— no son independientes de su aprehensión por el entendimiento en su uso práctico”; Carlos Ignacio MASSINI CORREAS, “La objetividad en la interpretación jurídica. La objetividad jurídica modesta y sus problemas”, en Juan B. ETCHEVERRY y Pedro SERNA (eds.), *El caballo de Troya del positivismo jurídico. Estudios críticos sobre el Inclusive Legal Positivism*, Granada, Comares, 2010, p. 120.

⁵¹ Sobre las limitaciones de la objetividad moral en el Derecho que plantean los exponentes contemporáneos de la filosofía jurídica analítica, cfr. Juan B. ETCHEVERRY, *Objetividad y determinación del Derecho. Un diálogo con los herederos de Hart*, Granada, Comares, 2009, pp. 197-243.

⁵² Cfr. Gabriel MORA RESTREPO, *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, pp. 198-210.

⁵³ De manera coincidente, por ejemplo: Eduardo Martín QUINTANA, “Críticas iuspositivistas a teorías ‘conceptuales’ de los derechos humanos”, *Prudentia iuris*, núm. 54, 2001, pp. 151 y ss.

⁵⁴ Aunque la posición de un iusnaturalista nos avale de fondo: Javier HERVADA, *Historia de la ciencia del Derecho natural*, ob. cit., p. 324, y también —por lo menos metodológicamente y aunque de signo contrapuesto—, la de un iuspositivista: Eugenio BULYGIN, “¿Está (parte de) la filosofía del Derecho basada en un error?”, *Doxa*, núm. 27, 2004, p. 16. Otros iusnaturalistas prefieren hablar de positivismo y no-positivismo, por ejemplo: Rodolfo Luis VIGO, “Iusnaturalismo vs. Iuspositivismo (Un alegato iusnaturalista.)” ob. cit., p. 271 (asumiendo básicamente la idea de Alexy). Cfr. Robert ALEXY, *El concepto y la validez del Derecho*, ob. cit., pp. 13-14, y otros, de iuspositivismo y transpositivismo, cfr. Carlos Ignacio MASSINI CORREAS, *Filosofía del Derecho*. Tomo I, ob. cit., pp. 222-223.

minos de MASSINI— tienen con el iuspositivismo y que se evidencia —nos parece— en la cercanía analítica que le expresan los autores del artículo bajo comentario⁵⁵.

Y aquí radica precisamente el punto que nos interesa para intentar responder a la pregunta del último acápite. Hemos de dejar atrás el iuspositivismo, sin duda, pero en el sentido más amplio del término, es decir, hemos de dejar atrás también los intentos de cuño pragmático-constructivista de corregirlo. En nuestra opinión, estos fracasan también donde lo hace el iuspositivismo débil: despojando a la ciencia jurídica de su ilusión de objetividad, seguridad y certeza jurídicas, sin acertar donde lo hace el iusnaturalismo realista: logrando una fundamentación antropológico-material fuerte o metafísica y no solo coherentista, formal o procedimental —es decir: débil—, de una realidad por excelencia “fuerte”, y de la mayor relevancia jurídica como lo es la de los derechos humanos⁵⁶.

Para ATIENZA y para RUIZ MANERO hay mucho rescatable del positivismo jurídico que debe ser incorporado, pero dejándolo atrás pues no sería la teoría adecuada para explicar ni para operar en los Estados constitucionales⁵⁷. Esto es básicamente correcto, pero no solo por su insuficiencia explicativa del fenómeno jurídico expresado además en su arbitrario y reductivo punto de partida⁵⁸ sino, sobre todo —siguiendo a MASSINI— por su vaciamiento del contenido de los derechos humanos como bienes de exigencia jurídica absoluta, incondicional e inexcusable⁵⁹. En nuestros Estados constitucionales contemporáneos los derechos humanos han sido recogidos expresamente como derechos fundamentales y se les presenta —tanto en la fraseología que los declara, como en la experiencia del hombre común que los defiende o exige— como bienes no solo preexistentes a la labor autoritativa humana, sino además inherentes a la dignidad ontológica⁶⁰ de todo hombre, y por ello, inalienables e imprescriptibles⁶¹. Estos derechos son precisamente fundamentales no por una suerte de moda teórica, sino por lo esencial de la realidad que revelan: el ser humano y su dignidad como fundamento ontológico próximo y quicio sobre el que gira y debe girar la comprensión del fenómeno jurídico.

Por ello, por más que modelos teóricos como los diversos modelos pragmático-constructivistas asuman el dar cuenta de estos derechos a través de la vinculación necesaria entre Derecho y moral, el enrarecimiento del fundamento moral que aceptan lleva al enrarecimiento de la noción de derechos humanos, pues niegan

⁵⁵ Para FÉLIX MORALES, aunque desde una perspectiva diferente a la nuestra, también “Los autores [...] están mucho más cerca de esta tradición positivista de lo que parecen estar dispuestos a aceptar”; FÉLIX MORALES LUNA, “¿Superando el positivismo jurídico? Comentarios al libro *Para una teoría postpositivista del Derecho* de Manuel Atienza y Juan Ruíz Manero”, en <http://www.palestraeditores.com/distribuidor/boletin/Morales.pdf> (consultado el 8 de octubre de 2010).

⁵⁶ Sobre la insuficiencia de unos fundamentos “débiles” para los derechos humanos, cfr. Carlos Ignacio MASSINI CORREAS, *Filosofía del Derecho*. Tomo I, ob. cit., pp. 195 y ss.

⁵⁷ Cfr. DAPJ, pp. 151-152.

⁵⁸ Cfr. Pedro, SERNA, “Sobre las respuestas al positivismo jurídico”, ob. cit., p. 115.

⁵⁹ Cfr. Carlos Ignacio MASSINI CORREAS, *Filosofía del Derecho*. Tomo I, ob. cit., pp. 133 y ss.

⁶⁰ Para el desarrollo de la idea de “dignidad ontológica” véase Ilva Myriam Hoyos, *De la dignidad y de los derechos humanos*, Bogotá, Temis, 2005, pp. 168 y ss.

⁶¹ Cfr. Javier HERVADA, “Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana”, en *Escritos de Derecho natural*, 2 ed., Pamplona, Eunsa, 1993, pp. 651 y ss.

en el fondo el mismo eje jurídico: el ser humano como portador, por su dignidad ontológica, de exigencias inherentes e inexcusables de justicia: derechos naturales⁶². Por eso, creemos que de lo que se trata es no solo de dejar atrás el rótulo del positivismo jurídico sino también su tesis de fondo, y ese es el paso que nuestros autores no se animan a dar, pues implica abrirse a la posibilidad de admitir la existencia de un verdadero derecho natural⁶³, lo que hemos llamado en otro lugar —y sobre lo que no podemos profundizar aquí—: un iusnaturalismo realista en clave antropológica⁶⁴.

6. PARA TERMINAR

Eugenio BULYGIN terminaba un antiguo y conocido trabajo suyo negando fundamento iusnatural a los derechos humanos, lo que a su juicio haría de ellos una “frágil conquista” del hombre: derechos meramente positivos. Pero —a su juicio— de nada valdría lamentarse, como no valdría lamentarse de la inexistencia de Dios y de sus dramáticas consecuencias si no se llegase a probar su existencia⁶⁵. Pedro SERNA apuntó con claridad en su momento⁶⁶ que el paralelo de BULYGIN es correcto, mas no sus conclusiones: si no existe un fundamento fuerte para los derechos humanos no es que haya derechos humanos sin fundamento, sencillamente no existen tales derechos humanos e imponerlos sería mero voluntarismo. Pero ¿cuán “fuerte” ha de ser ese fundamento?

⁶² Para ALEXY no es posible hablar de derechos humanos sin “metafísica”, pero siempre que se trate de una metafísica “constructiva” y no “enfática”. Véase su trabajo “¿Derechos humanos sin metafísica?”, trad. José Antonio Seoane y Eduardo Soderó, en Robert ALEXY, *La institucionalización de la justicia*, 2 ed., Granada, Comares, 2010, pp. 79 y ss. Para DWORKIN tomar “los derechos en serio” significa aceptar “la idea, vaga pero poderosa, de la dignidad humana”. Cfr. Ronald DWORKIN, *Los derechos en serio*, ob. cit., p. 295. En Atienza, la idea “débil” de la dignidad autonómica kantiana tiene consecuencias ético-jurídicas “fuertes”; véase su trabajo: “Sobre el concepto de dignidad humana” en Manuel ATIENZA, 2 ed., *Bioética, Derecho y argumentación*, Lima, Palestra 2010, pp. 179 y ss. En el mismo sentido, en su diálogo con Juan Ruiz Manero, véase: “A modo de epílogo: una conversación sobre teoría del Derecho y otras varias cosas”, en Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO, *Para una teoría postpositivista del Derecho*, ob. cit., pp. 283 y ss. Para ver la insuficiencia fundamentadora de la idea de dignidad kantiana puede verse Pedro SERNA, “El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo”, en Carlos Ignacio MASSINI CORREAS y Pedro SERNA (eds.), *El derecho a la vida*, Pamplona, Eunsu, 1998, pp. 63 y ss. Sobre cómo entendemos los términos “dignidad” y “derechos naturales” puede verse: José CHÁVEZ-FERNÁNDEZ P., “Dignidad, derechos humanos y Estado aconfesional. Apuntes desde el caso peruano”, en Daniel Alejandro HERRERA y Juan Ignacio PÉREZ CURCI (coord.), *IV Jornadas Internacionales de Derecho Natural. Ley natural y legítima laicidad*, Buenos Aires, Educa, 2010, pp. 75-92.

⁶³ Para ATIENZA, comentando la teoría de FERRAJOLI, “...Lo que yo he pretendido [...] es sugerir que la teoría sería mejor —más completa y más coherente— si también Ferrajoli se decidiese a dejar atrás el positivismo jurídico lo que (conviene insistir en ello) no significa situar por delante al (o situarse al lado del) Derecho natural”; Manuel ATIENZA, “Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico”, en Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO, *Para una teoría postpositivista del Derecho*, ob. cit., p. 180.

⁶⁴ Puede verse José CHÁVEZ-FERNÁNDEZ P., Notas para un iusnaturalismo realista en clave antropológica, ob. cit.; también nuestro trabajo: “Persona humana y cosa justa natural en el diálogo multicultural”, en Daniel Alejandro HERRERA (comp.), *II Jornadas Internacionales de Derecho Natural. Ley natural y multiculturalismo*, ob. cit., pp. 383-401.

⁶⁵ Cfr. Eugenio BULYGIN, “Sobre el status ontológico de los derechos humanos”, ob. cit., p. 84. Para considerar a qué queda reducido un derecho humano o fundamental cuando se pretende convertirlo en un mero derecho positivo puede verse: Luigi FERRAJOLI, “Derechos fundamentales”, trad. Perfecto Ibáñez y Andrea Greppi, en Luigi FERRAJOLI et al., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 3 ed., Madrid, Trotta, 2007, pp. 19 y ss.

⁶⁶ Pedro SERNA, “Algunas reflexiones sobre el iusnaturalismo”, en Carlos Ignacio MASSINI CORREAS, (comp.), *El iusnaturalismo actual*, ob. cit., pp. 311-313.

Quisimos terminar con el recuerdo de esta disputa porque hablar de realismo metafísico en ambientes intelectuales predominantemente analíticos implica incurrir en sospecha de teísmo, y ciertamente queríamos admitir nuestra culpabilidad. No se puede negar que la idea de unos derechos humanos fundados en la dignidad intangible del hombre está intrínsecamente vinculada a la sacralidad de la vida humana⁶⁷ y esta lo está a la participación metafísica humana en la realidad de Dios. Más aun: se puede negar a Dios, pero ello implica en los hechos negar también al hombre en su dignidad ontológica y en aquellas exigencias inexcusables o incondicionales de justicia que en ella se sustentan: pues unos derechos absolutos solo pueden justificarse en un fundamento absoluto⁶⁸. No decimos que la admisión de la existencia de Dios sea un requisito para la discusión sobre los derechos humanos ni que estos se deduzcan de un juicio teórico sobre la existencia de Dios, sino antes bien, que la idea que el común de los mortales tiene, que los textos declarativos en materia de derechos humanos expresan, y que parte importante de la iusfilosofía histórica y contemporánea tiene de los derechos humanos, no se sustenta en última instancia sino en un fundamento ontológico último: Dios, como condición de su posibilidad y fuente última de su justificación. Pese a ello, hay quienes piensan que evitando mencionar a Dios nos ahorramos bastantes problemas. Por nuestra parte creemos que solo dialogando abierta y respetuosamente también sobre Él, quizá tengamos la posibilidad de hablar sobre una condición humana tal que sea capaz de fundamentar de manera próxima y consistente algo que universalmente ha comenzado a llamarse “derechos humanos”, y que se predica y se defiende muchas veces —más allá de ciertos prejuicios minoritarios— con inconscientes o inconfesos presupuestos metafísicos y teístas.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, 2 ed., trad. Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, 2004.
- ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Lima, Palestra, 2007.
- ALEXY, Robert, “En torno al concepto y la naturaleza del derecho”, *El concepto y la naturaleza del derecho*, trad. Carlos Bernal Pulido, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 73-98.
- ALEXY, Robert, “¿Derechos humanos sin metafísica?” trad. José Antonio Seoane y Eduardo Soderó, en *La institucionalización de la justicia*, 2 ed., Granada, Comares, 2010, pp. 79-94.

⁶⁷ Cfr. Robert SPAEMANN, “Sobre el concepto de dignidad humana”, en *Lo natural y lo racional*, trad. D. Innerarity y J. Olmo, Madrid, Rialp, 1989, pp. 101-102.

⁶⁸ Véase, por ejemplo, Carlos Ignacio MASSINI CORREAS, *Filosofía del Derecho*. Tomo I, ob. cit., pp. 198 y ss.

- ATIENZA, Manuel, "Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico", en Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO, *Para una teoría postpositivista del derecho*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2009, pp. 157-181.
- ATIENZA, Manuel, *Bioética, Derecho y argumentación*, 2 ed., Lima, Palestra, 2010.
- ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho*, 2 ed., Barcelona, Ariel, 2007.
- ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO, *Ilícitos atípicos*, 2 ed., Madrid, Trotta, 2006.
- ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO, "Dejemos atrás el positivismo jurídico", *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2009, pp. 127-155.
- ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO, "Seis acotaciones preliminares para una teoría de la validez jurídica", *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2009, pp. 35-59.
- ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO, "Tres problemas de tres teorías de la validez jurídica", *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2009, pp. 61-86.
- ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO, "A modo de epílogo: una conversación sobre teoría del derecho y otras varias cosas", *Para una teoría postpositivista del derecho*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2009, pp. 259-302.
- BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, trad. Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 2009.
- BULYGIN, Eugenio, "Sobre el *status* ontológico de los derechos humanos", *Doxa*, núm. 4 1987, pp. 79-84.
- BULYGIN, Eugenio, "¿Está (parte de) la filosofía del derecho basada en un error?", *Doxa*, núm. 27, 2004, pp. 15-26.
- BULYGIN, Eugenio, *El positivismo jurídico*, México, Fontamara, 2006.
- CHÁVEZ-FERNÁNDEZ P., José, "Persona humana y cosa justa natural en el diálogo multicultural", en Daniel Alejandro HERRERA (comp.), *II Jornadas Internacionales de Derecho Natural. Ley natural y multiculturalismo*, Buenos Aires, Educa, 2008, pp. 383-401.
- CHÁVEZ-FERNÁNDEZ P., José, "Dignidad, derechos humanos y Estado aconfesional. Apuntes desde el caso peruano", en Daniel Alejandro HERRERA y Juan Ignacio PÉREZ CURCI (coords.), *IV Jornadas Internacionales de Derecho Natural. Ley natural y legítima laicidad*, Buenos Aires, Educa, 2010, pp. 53-94.

- CHÁVEZ-FERNÁNDEZ P., José, “Notas para un iusnaturalismo realista en clave antropológica”, Conferencia VI Jornadas Internacionales de Derecho Natural, Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 20-22 de octubre de 2010 (inérita).
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 2002.
- ETCHEVERRY, Juan B., *Objetividad y determinación del derecho. Un diálogo con los herederos de Hart*, Granada, Comares, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi, “Derechos fundamentales”, trad. Perfecto Ibáñez y Andrea Grepipi, en Luigi FERRAJOLI et al., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 3 ed., Madrid, Trotta, 2007, pp. 19-56.
- FINNIS, John, *Absolutos morales*, trad. Juan José García, Barcelona, Eunsa, 1992.
- FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, trad. Cristóbal Orrego, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000.
- FINNIS, John, “Sobre la incoherencia del positivismo jurídico”, trad. Carolina Pereira Sáez, en Santiago LEGARRE et al. (eds.), *La lucha por el derecho natural. Actas de las Jornadas en Homenaje a John Finnis*, Santiago de Chile, Universidad de los Andes, 2006, pp. 45-61.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, “La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo”, en Miguel CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4 ed., Madrid, Trotta, 2009, pp. 159-186.
- GEORGE, Robert P., “Natural Law and Human Nature”, *In Defense of Natural Law*, New York, Oxford University Press, 1999, pp. 83-91.
- GEORGE, Robert P., “Natural Law and Positive Law”, *In Defense of Natural Law*, New York, Oxford University Press, 1999, pp. 102-112.
- GEORGE, Robert P., “Ley natural”, *Moral pública: debates actuales*, trad. Miriam Rabinovich, Santiago de Chile, Instituto de Estudios de la Sociedad, 2009, pp. 1-37.
- HART, Herbert, *El concepto de derecho*, 2 ed., trad. Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2004.
- HERVADA, Javier, *Lecciones propedéuticas de Filosofía del derecho*, Pamplona, Eunsa, 1992.
- HERVADA, Javier, “Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana”, *Escritos de derecho natural*, 2 ed., Pamplona, Eunsa, 1993, pp. 649-688.

- HERVADA, Javier, *Historia de la ciencia del derecho natural*, 3 ed., Pamplona, Eunsa, 1996.
- HERVADA, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, 10 ed., Pamplona, Eunsa, 2001.
- HIERRO, Liborio, “¿Por qué ser positivista?”, *Doxa*, núm. 25, 2002, pp. 263-302.
- HOERSTER, Norbert, *En defensa del positivismo jurídico*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Barcelona, Gedisa, 2000.
- HOYOS, Ilva Myriam, *De la dignidad y de los derechos humanos*, Bogotá, Temis, 2005.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, 14 ed., trad. Roberto Vernengo, México, Porrúa, 2005.
- MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, *Filosofía del derecho*. Tomo I: *El derecho, los derechos humanos y el derecho natural*, 2 ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2005.
- MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, *Filosofía del derecho*. Tomo III: *El conocimiento y la interpretación jurídica*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008.
- MASSINI-CORREAS, Carlos Ignacio, “La objetividad en la interpretación jurídica. La objetividad jurídica *modesta* y sus problemas”, en Juan B. ETCHEVERRY y Pedro SERNA (eds.), *El caballo de Troya del positivismo jurídico. Estudios críticos sobre el Inclusive Legal Positivism*, Granada, Comares, 2010, pp. 107-125.
- MORA RESTREPO, Gabriel, *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009.
- MORALES LUNA, Félix, “¿Superando el positivismo jurídico? Comentarios al libro *Para una teoría postpositivista del Derecho de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero* en <http://www.palestraeditores.com/distribuidor/boletin/Morales.pdf> (Consultado el 8 de octubre de 2010).
- OLLERO TASSARA, Andrés, “La eterna rutina del positivismo jurídico”, en Carlos Ignacio MASSINI CORREAS (comp.), *El iusnaturalismo actual*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Lecciones de Filosofía del derecho*, Lima, Jurista Editores, 2008.
- PORTELA, Jorge Guillermo, “El problema de la relación entre moral y derecho en Hart y Fuller. Aportes para una polémica”, en José CHÁVEZ-FERNÁNDEZ P. (comp.), *Derecho y moral en el debate iusfilosófico contemporáneo*, Arequipa, Universidad Católica San Pablo, 2010, pp. 111-142.

- QUINTANA, Eduardo Martín, “Críticas iuspositivistas a teorías ‘conceptuales’ de los derechos humanos”, *Prudentia iuris*, núm. 54, 2001, pp. 137-166.
- RAMOS, José Antonio y Miguel Ángel RODILLA (eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2006.
- RAZ, Joseph, “La cuestión de la naturaleza del derecho”, en *La ética en el ámbito público*, trad. María Luz Melón, Barcelona, Gedisa, 2001, pp. 211-226.
- ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, 3 ed., trad. Genaro Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 2006.
- SERNA, Pedro, “Algunas reflexiones sobre el iusnaturalismo”, en Carlos Ignacio MASSINI CORREAS (comp.), *El iusnaturalismo actual*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, pp. 299-320.
- SERNA, Pedro, “El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo”, en Carlos Ignacio MASSINI CORREAS y Pedro SERNA (eds.), *El derecho a la vida*, Pamplona, Eunsa, 1998, pp. 23-79.
- SERNA, Pedro, “El ‘inclusive legal positivism’ ante la mirada de un observador”, en Renato RABBI-BALDI (coord.), *Las razones del derecho natural*, 2 ed., Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo de Palma, 2008, pp. 143-160.
- SERNA, Pedro, “Sobre las respuestas al positivismo jurídico”, en Renato RABBI-BALDI (coord.), *Las razones del derecho natural*, 2 ed., Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo de Palma, 2008, pp. 115-142.
- SPAEMANN, Robert, “Sobre el concepto de dignidad humana”, en *Lo natural y lo racional*, trad. D. Innerarity y J. Olmo, Madrid, Rialp, 1989, pp. 89-123.
- SQUELLA, Agustín, *Positivismo jurídico, democracia y derechos humanos*, México, Fontamara, 2004.
- STO. TOMÁS DE AGUIÑO, *Summa theologiae*, Madrid, BAC, tomos II y III.
- VIGO, Rodolfo Luis, “El iusnaturalismo clásico frente a las teorías de la interpretación y de la argumentación jurídica”, *Ars iuris*, núm. 37, 2007, pp. 99-118.
- VIGO, Rodolfo Luis, “Iusnaturalismo vs. Iuspositivismo (Un alegato iusnaturalista)”, en Daniel Alejandro HERRERA (comp.), *II Jornadas internacionales de derecho natural: Ley natural y multiculturalismo*, Buenos Aires, Educa, 2008, pp. 261-314.
- VILLEY, Michel, *Filosofía del derecho*, trad. Evaristo Palomar, Barcelona, Scire Universitaria, 2003.