

Sistema como entramado de delegaciones: implicaciones para la teoría del derecho

Victoria Iturralde*

1. Introducción

La noción del sistema jurídico, y los problemas que la misma comporta, ha sido uno de los temas centrales de gran parte de la filosofía del derecho moderna,¹ y es un concepto clave en la teoría del derecho. Que el derecho es un sistema -escribe Barberis- parece ser uno de los presupuestos menos discutidos del pensamiento jurídico contemporáneo. Para cualquier jurista contemporáneo de cultura europeo-continental, que el Derecho es un sistema es menos una tesis a demostrar que un presupuesto indiscutible².

Decir que el derecho es un sistema expresa la idea de coherencia, sistematización; de algún tipo de orden entre los elementos de un conjunto; sin embargo el concepto de sistema varía de manera considerable en función de cual sea o como se entienda ese orden.

El concepto de sistema jurídico se ha entendido de maneras muy diversas: como orden intrínseco al derecho (Savigny); como “ordenamiento jurídico” que a su vez implica la idea de unidad que más allá de la suma de las parte (Santi Romano); como una propiedad derivada del carácter axiológico del Derecho (para Canaris ello se deriva de que el ordenamiento jurídico está

* Universidad del País Vasco
victoria.iturralde@ehu.es

¹ Esto no significa que la idea de sistema o el intento de sistematización del derecho sea actual, cfr. M.G. Losano (2002): *Sistema e struttura nel diritto. Vol. I.*, sino que como dice Bobbio(1993): *Teoría generale del diritto*, p.160 “el estudio en profundidad del ordenamiento jurídico es relativamente reciente ... Mientras existen muchos estudios particulares sobre la naturaleza de la norma jurídica, no existe hasta hoy, si no estamos equivocados, ni un solo tratamiento completo y orgánico acerca de todos los problemas que conlleva la existencia de un ordenamiento jurídico”

² M. Barberis (1997): “Conjunto y sistemas. Una objeción a Alchourrón y Bulygin”, pp.23-24.

“El concepto de sistema –dice García Amado- se muestra cada vez con más claridad como un concepto clave en la teoría jurídica. Referencias a la idea de sistema, cualquiera que sea la noción de derecho subyacente al calificativo, aparecen con suma frecuencia en prácticamente todos los posibles campos de estudio de una Filosofía o una Teoría general del Derecho. Lo vemos si hablamos de Derecho Natural o de valores jurídicos, de Teoría de las normas, de Teoría de la legislación, de Lógica jurídica, de metodología, etc. Y, en el marco del derecho positivo, se ha de notar que a todo derecho codificado le es inmanente una idea de sistema, más o menos explícita, que condiciona en buena medida su tratamiento práctico”, J.A. García Amado (1985) “Teorías del sistema jurídico y concepto de derecho”, p. 297.

“Es casi un lugar común del pensamiento jurídico, que las normas jurídicas que integran el derecho de un país constituyen un conjunto unitario al que cabe atribuir el carácter de sistema. Así, no debe extrañar pues, que casi todos los filósofos del derecho, desde Bentham y Austin hasta Kelsen y Hart, hayan dedicado gran parte de sus esfuerzos a este tema, que constituye uno de los problemas centrales de la filosofía jurídica moderna” E. Bulygin (1991): “Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos”, p. 257.

dirigido a la realización de fines y valores, y para Dworkin el derecho es un sistema en tanto expresa una coherencia de valores morales y políticos que subyacen al derecho) o como derivado de determinados propiedades formales (Alchourrón y Bulygin).

Aquí voy a partir de la noción de sistema jurídico de Kelsen, quien entiende por sistema un ordenamiento dinámico caracterizado por el hecho de autorregular su propia producción a través de una serie de delegaciones del poder de producir normas. El sistema kelseniano está lejos de las nociones de sistema mencionadas y tiene que ver más con un concepto más débil que podría ser el de *unidad*. La unidad sugiere la idea de que la existencia de un conjunto (el ordenamiento jurídico) cuyos elementos no están inconexos sino que tienen una determinada cierta *relación* y es además una relación típica (si no exclusiva) de los ordenamientos jurídicos³. Esa relación consiste en el “entramado de delegaciones” o “cadena de validez”. Lo que intentaré poner de relieve es que esa relación es más débil de lo que suele darse a entender, y que tiene unas implicaciones para la teoría del derecho que no han sido suficientemente esclarecidas.

2. Sistema estático y dinámico

La relación entre las normas de un ordenamiento jurídico se ha explicado a través de la distinción kelseniana entre sistema estático y dinámico. “Las normas de un orden del primer tipo [estático] valen por su contenido; en tanto su contenido puede ser referido a una norma bajo cuyo contenido el contenido de las normas que constituyen el orden admite ser subsumido como lo particular bajo lo universal”. “El tipo dinámico se caracteriza porque la norma fundante que presupone no contiene otra cosa que el establecimiento de un hecho productor de normas, el facultamiento de una autoridad normadora o, lo que significa lo mismo, sólo contiene una regla que determina cómo deben producirse las normas generales e individuales del orden sustentado en esa norma fundante básica”. Para Kelsen el sistema normativo tiene esencialmente carácter dinámico. “Una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado; es decir, no vale porque su contenido pueda inferirse, mediante un argumento deductivo lógico, de una norma fundante básica presupuesta; sino por haber sido producida de una determinada manera y, en

³ Lo que habilita a formar una clase es la tesis adicional según conjuntos comparten una estructura peculiar, o lo que es lo mismo, que se puede indicar un tipo o tipos de relaciones entre normas que son distintivas de los sistemas jurídicos, R. Caracciolo (1996), “Sistema jurídico”, p. 161. J. Raz (1986) *El concepto de sistema jurídico*, pp. 220-221 señala que hay que distinguir dos tipos de estructuras de sistemas jurídicos: una relación genética y una relación operativa (distinción que –dice– es análoga en ciertos aspectos a la distinción de Kelsen entre las teorías estática y dinámica). En cuanto a la primera dice: “La relación fundamental de la estructura genética es la relación genética, a saber, la relación entre una disposición jurídica que autoriza la existencia de otra. Las relaciones genéticas deben ser subdivididas, tomando en cuenta algunos otros factores que hasta ahora han sido pasados por alto. Entre estos factores se encuentran: 1. la fecha de creación de una disposición jurídica (cuando tal fecha pueda ser determinada). 2. la función y la competencia general del órgano que crea el derecho... Una teoría completamente desarrollada de la estructura genética de un sistema establecerá una jerarquía de “resistencia al cambio” entre disposiciones jurídicas”.

última instancia, por haber sido producida de la manera determinada por una norma fundante básica presupuesta”. “De ahí que cualquier contenido que sea, puede ser derecho”, “la unidad del sistema dinámico es la unidad de un entramado de delegaciones”⁴.

Kelsen también reconoce que las normas superiores pueden no solamente determinar el órgano y procedimiento sino también el contenido de las normas. “En lo anterior repetidas veces se apuntó la peculiaridad del derecho de regular su propia producción. Ello puede acaecer de manera que una norma sólo prescriba el procedimiento mediante el cual se produce otra norma. Es también posible, sin embargo, en que al hacerlo -y hasta cierto grado- también se determine el contenido de la norma producida”. “La Constitución que regula la producción de normas generales puede determinar también el *contenido* de las futuras leyes, y las constituciones positivas lo hacen no poco frecuentemente, al prescribir, o excluir ciertos contenidos⁵. Pero para Kelsen los ordenes jurídicos tienen por lo *esencial* un carácter dinámico, en el sentido de que la determinación del órgano es el mínimo de lo que debe estar establecido en la relación entre norma superior e inferior. A lo que hay que añadir que lo que hace que la norma dictada sea válida es que el órgano que la dicta sea el competente con arreglo a la norma superior habilitadora, no que el contenido de la norma inferior concuerde con las prescripciones de contenido que la norma superior le hace.⁶

A partir de aquí se intentado explicar la relación entre las normas en otros términos; la idea principal es subrayar las relaciones de contenido entre las normas.

Wróblewski⁷ distingue cinco tipos de sistemas: 1) sistema dinámico (DS), 2) sistema estático (SS), 3) sistema dinámico complejo (CDS), 4) sistema estático-dinámico (DSS), y 5) sistema complejo dinámico-estático (CDSS); e incluye al sistema jurídico dentro de este último. DS se caracteriza porque sólo se dan relaciones formales entre las normas; es decir los sucesivos niveles normativos sólo requieren actos de promulgación de autoridades competentes pero estas no están obligadas a realizar esta actividad. SS se caracteriza porque la validez de las normas está determinada por el contenido de las mismas según reglas de inferencia admitidas. CDS es una combinación de los dos anteriores, es decir en cada nivel normativo hay el deber de seguir una norma promulgada y el deber de promulgar una norma (no sólo la competencia). La relación entre las normas es formal, como en DS. DSS es una modificación del sistema dinámico en el sentido de que el deber de seguir una norma está condicionado por el contenido de dicha norma. CDSS añade normas de promulgación a (DSS) en el sentido de que el deber de seguir y el deber

⁴ H. Kelsen (1986): *La Teoría Pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, pp. 203-205.

⁵ H. Kelsen (1986): *La Teoría Pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, pp.232, 234, vd. también p. 242.

⁶ Sobre este aspecto vd. los comentarios de J.A. García Amado (1996): *Hans Kelsen y la norma fundamental*, pp. 24-25.

⁷ J. Wróblewsky (1972): «Systems of Norms and Legal System », pp.224-229.

de promulgar unas normas están condicionados por el hecho de que tanto la norma que debe ser seguida como la que debe promulgada tienen un determinado contenido.

Para Troper⁸ “el derecho positivo de las sociedades modernas es un sistema a la vez estático y dinámico, puesto que todas las decisiones están siempre justificadas a la vez por la conformidad con el contenido de otro enunciado y por la habilitación conferida a su autor, en nombre de la verdad y en nombre de la autoridad superior”⁹. Hoy en día la presencia no sólo de límites formales sino también materiales como requisito de validez de las normas es casi una obviedad. A este respecto, son muy acertadas las palabras de Ferrajoli cuando señala que “entre las normas acerca de la producción de normas el moderno estado constitucional de derecho ha incluido múltiples principios ético-políticos o de justicia, que imponen valoraciones ético-políticas de las normas producidas y actúan como parámetros o criterios de legitimidad y de ilegitimidad no ya externos o iusnaturalistas, sino internos o iuspositivistas.... La especificidad del moderno estado constitucional de derecho reside precisamente en el hecho de que las condiciones de validez establecidas por sus leyes fundamentales incorporan no sólo requisitos de regularidad formal, sino también condiciones de justicia sustancial. Estos rasgos sustanciales de la validez inexplicablemente ignorados por la mayor parte de las definiciones iuspositivistas de ‘derecho válido’, ya sean normativistas o realistas, tienen una relevancia bastante mayor que la de los meramente formales”¹⁰

3. Condiciones materiales de validez: repercusiones para algunos aspectos de la teoría del derecho.

La existencia de condiciones materiales a la transmisión de validez hace que la unidad sea más débil de lo que el término “sistema” sugiere y que plantee algunas dificultades.

1. La primera dificultad tiene que ver con la identificación de los “enunciados” que forman parte del material normativo. Voy a plantear únicamente dos cuestiones: la relativa a la relación entre norma de producción y norma producida (1.1.), la que tiene que ver con las consecuencias lógicas de las normas (1.2.).

1.1. La cuestión que plantea la transmisión de validez es la conformidad de un enunciado jurídico, *norma de producción* (NP) con la *norma producida* (np)¹¹. Se trata de realizar un “juicio de validez” para lo cual es necesario interpretar tanto NP como np. Si bien con carácter general algunos

⁸ M. Troper (1994): *Pour une théorie juridique de l'État*, p.175.

⁹ M. Troper (1994): *Pour une théorie juridique de l'État*, p. 175.

¹⁰ L. Ferrajoli (1995): *Derecho y razón*, p.358.

¹¹ Evito expresar la relación, como suele hacerse habitualmente, entre norma superior e inferior como relación jerárquica puesto que puesto no siempre es así, puesto que pueden ser del mismo rango, cfr. V. Iturralde (1998): “Sobre el concepto de jerarquía normativa”, pp.261-277.

enunciados jurídicos son susceptibles de dos o más interpretaciones, esto se acentúa cuando contienen términos valorativos, términos profusamente utilizados en los textos legales.

En muchos casos (y de forma implícita la mayoría de ellos) la cuestión de validez se plantea como si se tratase de una relación de carácter formal y absoluta entre NP y np, cuando se dice, por ejemplo “np *es* valido” o “np *es* inválido”. Sin embargo, se trata de afirmaciones *relativas* a una determinada interpretación (interpretación realizada por un sujeto, en un momento determinado). Por tanto la relación de validez no es una relación entre *enunciados normativos* sino entre *proposiciones normativas*. Ello significa que si bien el objeto de la cuestión de validez son los enunciados jurídicos, el resultado son siempre proposiciones jurídicas, producidas no por el legislador sino por juristas y tribunales.

Esto conlleva que el derecho no puede entenderse como un dato objetivo preexistente al conocimiento y a la interpretación; la positividad del derecho hay que entenderla no como *dato* sino como *proceso*. El derecho no puede ser explicado haciendo referencia a los singulares actos, objetivamente determinables sobre bases empíricas (p. ej. al singular acto de producción legislativa) sino a una serie de actividades sociales complejas en el interior de las cuales la dimensión lingüística (los discursos en el derecho) son particularmente importantes. Dichas actividades tienen que ver con la producción, la representación teórica, la interpretación, la justificación, la aplicación y, el uso social de las normas jurídicas. Si se acepta esto -dice Villa- entonces se impone lo que podíamos llamar una operación de desarticulación analítica de la noción de “positividad del derecho”, desarticulación que debería servir para distinguir las diferentes fases y los diferentes niveles de un proceso de positivización del derecho que nunca puede considerarse definitivamente completo¹².

Sobre estas bases Ferrajoli¹³ sostiene que la noción de positividad del derecho debe ser considerada *bajo dos perfiles diversos*, cuya configuración teórica requiere el empleo de dos predicados distintos y separados y que corresponden a dos fases diferentes del proceso de positivización: la primera es aquella en la que la norma, en cuanto puesta por un acto normativo formal, alcanza un primer estadio de existencia (el *vigor* de la norma); la segunda es aquella en la que la norma en vigor viene sometida a juicios que tienden a determinar la conformidad de su contenido significativo con lo establecido por las normas de grado superior. Estos juicios expresan en una buena parte una apreciación de carácter ético-político sobre la conformidad del contenido de las normas respecto a los valores postulados por los principios constitucionales. Pues bien, a la norma que pasa indemne a través de este test se le otorga la propiedad de la *validez*.

¹² V. Villa (1993): *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo*, p.255

¹³ L. Ferrajoli (1983): “La semántica della teoria del diritto”, pp.81-130.

1.2. Puede decirse que se ha convertido en un lugar común en la teoría del derecho decir que forman parte del ordenamiento no sólo los enunciados jurídicos expresamente promulgados sino también los que son consecuencia lógica de estos. Así Alchourrón y Bulygin¹⁴ señalan que es un hecho de capital importancia que los juristas consideran como derecho no sólo los enunciados identificados como válidos de conformidad con los criterios de identificación vigentes, sino también los enunciados que son *consecuencia* de tales enunciados. Y más adelante escribe: “Una regla de admisión que instituye la legislación (en sentido amplio como fuente de enunciados válidos), puede tener (y frecuentemente tiene) la siguiente forma: a) Todos los enunciados que pertenecen al conjunto C (vgr. una Constitución) son válidos. b) Si existe un enunciado válido que autoriza (permite) a una autoridad normativa x formular el enunciado p , y x ha formulado p , entonces p es válido. c) Todos los enunciados que son consecuencias (se inferen) de los enunciados válidos, son válidos. Las reglas a) b) y c) constituyen, conjuntamente, una definición recursiva de “enunciado válido”. Una formulación más precisa de esta idea la ofrece Caracciolo, cuando señala como criterios de pertenencia de las normas los dos siguientes: el “criterio de deducibilidad” (C1) y el “criterio de legalidad” (C2). Según C1 “las consecuencias lógicas de normas válidas en un sistema S, en conjunción o no con otro tipo de enunciados, son también normas válidas en S”. “En el modelo M1, el criterio C1, esto es, el que se define por la relación de deducibilidad o de inferencia, indica una condición necesaria y suficiente de pertenencia de normas dependientes. Esto significa que sólo se admiten en S aquellas que constituyan consecuencias lógicas de S, inversamente, todas las consecuencias S pertenecen a S, es decir, son normas válidas. Como es claro, la reconstrucción conforme a este modelo supone que se admita la posibilidad de relaciones lógicas entre normas y en este caso, la noción de ‘consecuencia lógica’ depende de un sistema de lógica deóntica. No obstante, aún cuando se negara esa posibilidad, este modelo es viable si el ‘sistema normativo’ es definido, con arreglo a la concepción expresivista, como un conjunto de proposiciones ‘ordenadas’ entre las que existen relaciones lógicas”¹⁵.

Sin embargo son varios los problemas que presenta admitir este criterio como parte del criterio de validez. Además de otras cuestiones (si dicha lógica tiene por objeto los enunciados o las proposiciones jurídicas; o cómo se resuelve el problema de la imposibilidad de aplicar a las normas el del valor de verdad de las proposiciones), creo que la principales objeciones tienen que ver con dos caracteres de la lógica. De un lado, con el carácter *global* (esto es, que la lógica se aplica con independencia de cual sea el objeto sobre el que versan sus enunciados -la física, la

¹⁴ C.E. Alchourrón y E. Bulygin (1974): *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales.*, pp. 115-116, y 120.

¹⁵ R.A. Caracciolo (1988): *Sistema jurídico. Problemas actuales*, pp.57, 59.

astronomía, o el derecho-). Si es así, son suficientes los axiomas y reglas de inferencia de la lógica clásica, si no, debería incorporar algunas reglas específicas de los ordenamientos jurídicos (p.ej. aplicar la regla de clausura “lo no prohibido está permitido” sólo al ámbito sancionatorio y – quizá- al de atribución de competencias)¹⁶. De otro, con el carácter bivalente: la lógica tiene únicamente dos valores: verdad y falsedad. Frente a esto, se habla de lógica plurivalente en dos sentidos: de un lado, en el sentido de que debe abandonarse el principio de bivalencia y añadir por tanto un tercero o, en el de no abandonar el principio de bivalencia, es decir, no se necesita admitir otro valor de verdad además de “verdadero” y “falso”, sino entender que puede haber variantes epistemológicas de “verdadero” y “falso”. En la medida en que el discurso jurídico está compuesto por proposiciones jurídicas que no son mera descripción de enunciados jurídicos los valores verdadero/falso entendidos a la manera clásica, parecen inadecuados.

2. La segunda dificultad afecta a la tesis de la separación entre derecho y moral. Más allá de la idea básica de esta tesis¹⁷, el debate hoy está en el alcance de los juicios o estándares morales en la identificación del derecho, lo que ha dado lugar a distinguir diferentes tipos de positivismo.

Para el positivismo excluyente (que se identifica con la teoría de Raz) el contenido mínimo del positivismo metodológico se compone de estas dos ideas: que la existencia de las normas no depende de que satisfagan algún particular valor moral, y que el Derecho es siempre obra de decisiones humanas, o lo que es lo mismo, que tiene un origen social¹⁸.

Raz acepta que los jueces usan de hecho diversos mecanismos para asegurar que el derecho en su aplicación no sea injusto¹⁹. Esto -dice- tiene como consecuencia que el contenido del derecho existente (cuya identificación, según la tesis de las fuentes sociales dependería exclusivamente de hechos sociales y por tanto sin recurrir a argumentos morales) no basta para determinar qué es lo

¹⁶ Como han señalado C.E. Alchourrón - E. Bulygin (1974): *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, p.116. “Los juristas rara vez se detienen a analizar las reglas de inferencia que usan de hecho, y muchas veces ni siquiera son conscientes de su existencia. Es que la filosofía del derecho tradicional no se ha ocupado de esta cuestión; sólo muy recientemente los filósofos del derecho han empezado a interesarse por este problema, que encaran generalmente bajo el rótulo de ‘lógica jurídica’. Este atraso no es mayormente asombroso; la lógica del discurso normativo (que estudia las inferencias normativas) no ha sido objeto de preocupación hasta hace muy poco”

¹⁷ Que sostiene que hay que diferenciar el derecho que es del derecho que debe ser y niega que un elemento de la validez del derecho sea la justicia, de manera que en un Estado puede haber leyes moralmente admirables y leyes moralmente controvertibles, pero su condición de leyes, de Derecho, no dependen de tal eventualidad.

Cfr. M. Atienza y J. Ruiz Manero (2006): “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, p. 775 en el sentido de que las dos tesis del positivismo jurídico: 1) la tesis de que el Derecho es un fenómeno social, creado y modificado por actos humanos (Tesis de las fuentes sociales del Derecho) y , 2) la separación entre el Derecho y la moral (que el valor moral de una norma no es condición suficiente y puede no ser condición necesaria de validez de la misma- en el sentido del positivismo incluyente-) “son manifiestamente verdaderas y constituyen una especie de acuerdo indisputado por todos aquellos que hacen teoría del Derecho de forma no extravagante”.

¹⁸ J. Raz (1982): *La autoridad del derecho*, p. 55.

¹⁹ J. Raz (1998): “Postema on Law’s Autonomy and Public Practical Reason: A Critical Comment”, p. 4.

que se debe hacer con arreglo a derecho en cada caso concreto, puesto que para Raz todas las decisiones se apoyan en una premisa adicional: que no hay nada en la situación (en el caso individual) que justifique modificar el derecho.

Para Raz, a pesar de lo anterior, la tesis de las fuentes sociales sigue en pie. Para ello Raz distingue entre “razonamiento para establecer el contenido del derecho” y “razonamiento con arreglo a derecho”. El primero está regido por la tesis de las fuentes y no necesita recurrir a ninguna argumentación moral. El “razonamiento con arreglo a derecho dice que hay ocasiones en que puede suceder que una parte del derecho identificado consiste precisamente en otorgar discrecionalidad a los jueces para introducir excepciones en las normas cuando encuentren razones morales relevantes para hacerlo. En estos casos es el derecho mismo el que lleva a los jueces a aplicar consideraciones extrajurídicas, es decir, morales, para resolver el caso. La tesis de las fuentes sociales puede considerarse que sigue en pie y por tanto el razonamiento que debe hacer el juez es un “razonamiento para establecer el contenido del derecho” (en cuanto que serviría para identificar la totalidad de las normas existentes). Aquí, según Raz, no hay trasgresión de normas jurídicas por parte del juez, sino ejercicio de discrecionalidad otorgada por el derecho mismo: es este el que lleva a los jueces a aplicar consideraciones extrajurídicas (morales) para resolver un caso.

El positivismo incluyente sostiene que la práctica jurídica de las democracias constitucionales actuales obliga a revisar la tesis de las fuentes y, en último término, a rechazarla tal y como la entiende el positivismo excluyente. Para Waluchow, por ejemplo, la conformidad con la moral es una condición necesaria de validez jurídica. Refiriéndose a la Constitución canadiense afirma que no se puede determinar lo que la Constitución significa y por tanto las condiciones de legalidad que ella impone, sin determinar la naturaleza y extensión de los derechos de moralidad política que persigue garantizar. No se puede hacer esto sin comprometerse con argumentos morales sustantivos²⁰.

Hay tantas versiones del positivismo incluyente que habrá que determinar cual es la tesis específica de este que le constituye como alternativa al positivismo excluyente. Puede decirse que la tesis común es que nuestros sistemas jurídicos tienen una regla de reconocimiento compleja que combina dos clases de criterios de pertenencia: el basado en el contenido (o valor) de las normas y el basado en su fuente. “Decir que un criterio de pertenencia está basado en fuentes es decir que las condiciones de verdad de una proposición que afirma que una norma pertenece al derecho no consisten nada más que en un conjunto de hechos sociales de cualquier clase que éstos sean, incluido el hecho de que en una comunidad se considere que una norma es moralmente correcta”²¹. Es decir,

²⁰ W.J. Waluchow (1994): *Inclusive Legal Positivism*, pp.144-145.

²¹ “Por tanto, un criterio de pertenencia basado en el contenido, para ser realmente tal, tiene que establecer como condición de verdad de una proposición que afirme que una norma pertenece al derecho no el hecho (social) de que en

el positivismo incluyente está de acuerdo con el convencionalismo (es decir, con la idea de que la realidad del Derecho está constituida por la actividad de seres humanos que consiste en un conjunto de creencias compartidas y de actitudes y expectativas interdependientes, constitutivas de una practica social)²². Más allá de este punto en común, pueden distinguirse dos variantes del positivismo incluyente. Según la primera²³, la corrección moral sería en todo caso condición *necesaria* de la validez jurídica de una norma, pero en algunos casos sería además condición *suficiente*. Sería sólo condición necesaria en el caso de que alguna norma que en principio perteneciera al derecho en virtud de su fuente, fuera no obstante inválida si contradijese principios morales. Si (ante la pregunta de cuales son los principios morales que las normas basadas en fuentes no deben contradecir, si la respuesta es que) esos principios morales son “todos los correctos” entonces formarían parte del derecho sólo en virtud de su contenido, de manera que en estos casos la corrección moral sería condición suficiente de su validez jurídica.

La segunda variante es aquella que dice que la corrección moral *no es nunca condición suficiente* de validez jurídica de una norma. Esto implica que los principios morales que no deben contradecir las normas que en principio pertenecen al derecho en virtud de su fuente no pueden ser “todos los correctos sino sólo son aquellos cuya pertenencia al derecho dependa a su vez de su fuente (p.ej. si vienen incluidos en un texto constitucional). (Sin embargo –como señala Bayón- esta posición parece indistinguible de la del partidario del positivismo excluyente ya que el único criterio sería el basado en las fuentes).

Como dice Prieto Sanchís se puede hablar de un “desplazamiento del juicio moral”, puesto que la conexión entre derecho y moral se da a través de las normas de reconocimiento, a través de la Constitución que establece las condiciones de validez del resto de las normas; lo que antes era un juicio moral sobre la justicia de la norma se convierte ahora en un juicio jurídico sobre la validez de la misma²⁴.

Bibliografía citada:

Atienza, M. - Ruiz Manero, J. (2006): “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, J.A. Ramos Pascua-M.A. Rodilla (eds.) *El Positivismo Jurídico a examen*. Eds. Universidad de Salamanca, Salamanca.

una comunidad se crea que es moralmente correcta, sino que realmente lo sea (para lo cual, obviamente, se ha de dar por sentado que esta expresión tiene sentido, cualquiera que pueda ser”, cfr. J.C. Bayón (2002): “Derecho, convencionalismo y controversia”, p. 71.

²² J. C. Bayón (2002). “Derecho, convencionalismo y controversia”, p. 58.

²³ J. Coleman (1996): “Authority and Reason”, p. 35.

²⁴ L. Prieto Sanchís (1995): *Constitucionalismo y positivismo*, p. 66. Ahora bien hay que subrayar que no sólo a través de las Constituciones y los principios que incorporan se da entrada a la moral, sino que ello tiene lugar también a través de los textos legales infraconstitucionales.

- Alchourrón, C.E. y Bulygin, E. (1974): *Introducción a la metodología de las ciencias sociales y jurídicas*, Astrea, Buenos Aires.
- (1991): *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- Barberis, M. (1997): “Conjunto y sistemas. Una objeción a Alchourrón y Bulygin”, *Doxa*, 20, pp. 23-52.
- Bayón, J.C. (2002): “Derecho, convencionalismo y controversia”, P.E. Navarro-M.C. Redondo, *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Gedisa, Barcelona, pp.57-92
- Bobbio, N. (1993): *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino,
- Bulygin, E. (1991): “Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos”, *Doxa*, 9, pp.257-279.
- Caracciolo, R.A. (1988): *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- Coleman, J. (1996): “Authority and Reason”, R.P. George (ed.) *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford, pp.287-319.
- Dworkin, R. (1988): *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona.
- Ferrajoli, L. (1995): *Derecho y razón*, Trotta, Madrid.
- García Amado, J.A. (1985): “Teorías del sistema jurídico y concepto de derecho”, *Anuario de Filosofía del derecho*, T.II, pp.297-316.
- (1996): *Hans Kelsen y la teoría de la norma fundamental*, Marcial Pons, Madrid.
- Iturralde, V. (1998): “Sobre el concepto de jerarquía normativa”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n°33, pp.261-277.
- Kelsen, H. (1986): *La Teoría Pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho (2ª ed.)*, Losada, Buenos Aires.
- Losano, M.G. (2002): *Sistema e struttura nel diritto*, Vol. I, Giuffrè, Milano.
- Prieto Sanchís, L. (1997): *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México.
- Raz, J. (1982): *La autoridad del derecho*, UNAM, México.
- (1986): *El concepto de sistema jurídico*, UNAM, México
- (1998): “Postema on Law’ s Autonomy and Public Practical Reason: A Critical Comment”, *Legal Theory*, n°4, pp.1-20.
- Troper, M. (1994) : *Pour une théorie juridique de l’État*, PUF, Paris.
- Villa, V. (1993): *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo*, Giappichelli, Torino.
- Waluchow, W.J. (1994): *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford.
- Wróblewski, J. (1972): « Systems of Norms and Legal System », *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 2, pp.224-245.

