

# La interpretación del derecho en el positivismo ético contemporáneo\*

PEDRO RIVAS

Universidad de A Coruña

RESUMEN: En el inacabable debate sobre el positivismo jurídico, hay quien ha propuesto un retorno a los orígenes del positivismo anglosajón, es decir, a Hobbes, Bentham y Austin. Para quienes defienden esto, las tesis positivistas no pretenden ser conceptuales ni descriptivas sino normativas o prescriptivas, es decir que formulan cómo deberían ser los sistemas jurídicos. Tal carácter prescriptivo no se fundamenta en los beneficios que dicho modelo produce a la ciencia jurídica o en que se logre una descripción mejor de la realidad jurídica, sino en razones morales y políticas. De ahí la denominación de 'positivismo ético'. Se expone la teoría de la interpretación del positivismo ético (prescriptivo o normativo), desde la obra del iusfilósofo australiano Tom Campbell, quien ha defendido con más empeño la vuelta a un positivismo de este género.

*Palabras clave:* Interpretación del Derecho, Positivismo jurídico, Teoría jurídica.

ABSTRACT: In the never-ending discussion about the nature of legal positivism it has been proposed to return to their Anglo-Saxon origins, namely, Hobbes, Bentham and Austin. Positivistic thesis do not intend to be conceptual nor descriptive, but normative or prescriptive, since they state how ought to be legal systems. This prescriptive feature is not based on the advantages for legal science or on a better description of Law, but on moral and political reasons. Thus the label of 'ethical positivism'. The paper deals with the theory of interpretation of ethical (prescriptive, normative) positivism proposed by Tom Campbell, who is the most outstanding scholar upholding the return to this kind of legal positivism.

*Key words:* Legal Interpretation, Legal Positivism, Legal Theory.

Desde la publicación póstuma del *Postscript* de Hart a su obra *The Concept of Law*, pareciera que la filosofía jurídica anglosajona se ha centrado en buena medida en el debate sobre las versiones del positivismo jurídico. En efecto, las discusiones entre quienes defienden una versión *incluyente* del positivismo jurídico y quienes defienden una versión *excluyente* del mismo, han llenado en los últimos años multitud de páginas de la literatura académica al uso. Coincide además con unos años en que otros *dramatis personae* de la filosofía jurídica anglosajona

---

\* Este trabajo forma parte de los resultados del proyecto de investigación "El positivismo jurídico incluyente y los desafíos del neo-constitucionalismo", financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia de España y por los fondos FEDER de la Unión Europea (código BJU2003-05478).

contemporánea, como Raz o Dworkin, habrían abandonado las discusiones sobre el Derecho para dedicar sus esfuerzos a cuestiones de filosofía política y de ética.

Sin embargo, el debate al que se hace referencia se ha revelado estéril. A mi juicio, se ha tratado más bien de una polémica sostenida y siempre aumentada por los sedicentes representantes del *inclusive legal positivism*. Hasta el punto de que, como cuenta Schauer, hay quienes refiriéndose al ámbito anglosajón creen que “la teoría analítica en general, y los debates sobre el positivismo en particular, son grandes preocupaciones irrelevantes de un pequeño grupo de pedantes obsesionados por las cuestiones filosóficas pero despreocupados por las cuestiones sociales (*socially unaware*), muchos de cuyos miembros son ingleses y la mayoría de los cuales ya están muertos”<sup>1</sup>.

De manera contemporánea al debate mencionado, hay quien ha propuesto un retorno a los orígenes del positivismo jurídico anglosajón, es decir, a un positivismo como el Hobbes, Bentham y Austin. En efecto, para quienes defienden este retorno las tesis positivistas no pretenden ser conceptuales ni tampoco descriptivas. Se trata más bien de tesis normativas en el sentido de que formulan cómo deberían ser los sistemas jurídicos. De ahí la denominación también empleada de “positivismo prescriptivo”. Dicho carácter prescriptivo no se fundamenta en las bondades que dicho modelo produce a la ciencia jurídica o en que se logre una mejor descripción de la realidad jurídica, sino más bien en razones morales y políticas. En último término estamos ante un positivismo que tiene unos fundamentos éticos y políticos. Son unos determinados valores o bienes de carácter ético y político los que están en la base de las afirmaciones sobre el Derecho. Así, otra denominación de este positivismo es la de “positivismo ético”. Ya no se trata de discutir sobre el positivismo jurídico anglosajón de la segunda mitad del siglo XX. Ahora lo que se debate es la realidad del Derecho: cómo debe ser la legislación, cuál debe ser la tarea del juez, cómo debe ser la interpretación, cuál debe ser el lugar de los derechos humanos en nuestros sistemas jurídicos actuales. Y detrás de estas preguntas están valores como el compromiso con un modelo político democrático, la maximización de la autonomía de los individuos, el intento de alcanzar bienes sociales como la estabilidad social, la lucha por una mayor efectividad en la garantía de los derechos humanos, etc. De ahí que lo que se discute no es tanto una concepción del Derecho *qua* concepción del Derecho, sino por sus consecuencias en la actividad judicial y en la actividad legislativa. Por esta misma razón, no pretende ser tampoco una descripción de los sistemas jurídicos actuales; es más, se tiene conciencia de que la mayoría de estos no guarda apenas parecido con la concepción del Derecho que se propone.

En este trabajo voy a tratar de exponer la teoría de la interpretación del positivismo ético (también llamado prescriptivo o normativo), a partir de la obra del

---

<sup>1</sup> F. Schauer, “Positivism Trough Thick and Thin”, en Bix, B., (ed.), *Analyzing Law: New essays in legal theory*, Oxford, Clarendon Press, 1998, 69. Hay que hacer notar que Schauer solamente recoge el comentario que se cita sin adherirse a él.

iusfilósofo australiano Tom Campbell. La razón para tomar esta guía reside en que es quien ha defendido con más empeño y claridad la necesidad de volver a un positivismo de este género. Además, es el único que ha formulado de manera bastante completa las tesis del positivismo ético. Para comprender sus tesis acerca de la interpretación convendrá detenerse primero de manera muy breve en otros aspectos de su filosofía jurídica.

### *1. El significado del positivismo ético*

Campbell ha formulado desde el principio el sentido de lo que denomina “positivismo ético”. En concreto, el positivismo jurídico ético no es una visión analítica sobre la semántica de la expresión “Derecho” o sobre el sentido profundo del discurso jurídico. Tampoco es una teoría descriptiva-explicativa sobre el mejor modo de entender el Derecho y sus funciones sociales. Se trata de una teoría moral sobre el ejercicio del poder político visto como la actividad de controlar y coordinar de forma moralmente defendible la conducta de un número grande de personas<sup>2</sup>.

Se basa en la tesis analítica que afirma que el Derecho puede ser conceptual, argumentativa y operacionalmente separado de la moralidad, y en la tesis sociológica según la cual los sistemas jurídicos actuales pueden aproximarse a una situación donde el Derecho se administra en forma respetuosa con las reglas<sup>3</sup>. El positivismo jurídico ético no hace afirmaciones empíricas sobre la separación real entre Derecho y moral más allá de que es factible en la práctica alcanzar un grado de separación entre la moral y las actividades jurídicas de quienes están encargados de la aplicación de las reglas jurídicas<sup>4</sup>. Antes bien, la fuerza que motiva y organiza al positivismo jurídico ético es una visión política sustantiva sobre el sentido moral de la concepción positivista de lo que se parece a un sistema jurídico bueno y de cómo contribuye a una política justa, efectiva y democrática<sup>5</sup>. Por eso mismo, los fallos del positivismo descriptivo no invalidan el esfuerzo prescriptivo, a menos que los primeros muestren la impracticabilidad de estos últimos<sup>6</sup>.

Por otro lado, sostiene que debe distinguirse el positivismo jurídico ético del formalismo, entendido éste último como la “jurisprudencia mecánica” que criticó Pound. Acepta un formalismo al estilo de Hart, es decir, como exclusión de

---

<sup>2</sup> Cfr. T. Campbell, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Aldershot, Dartmouth, 1996, 2. A partir de ahora LTEP. También cfr. T. Campbell, “The point of legal positivism”, *King's College Law Journal* 9 (1998); se cita este artículo por la traducción castellana de Ángeles Ródenas, “El sentido del positivismo jurídico”, *Doxa* 25 (2002), 303.

<sup>3</sup> LTEP, 2.

<sup>4</sup> Cfr. T. Campbell, “The point of legal positivism”, cit., 310.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> Cfr. *Ibid.*, 306.

algunas cosas en la determinación del Derecho. O como lo entiende MacCormick, esto es, como reconducir lo más posible los asuntos de la regulación y controversia jurídica de acuerdo con reglas predeterminadas de generalidad y claridad considerable, por referencia a las cuales se definan claramente derechos, deberes, poderes e inmunidades de las relaciones jurídicas. Pero en el positivismo jurídico ético todo esto se adopta como postura ética y política. Si acaso, ante las dificultades para lograr estos propósitos, acepta la introducción de elementos no formalistas en el juicio de aplicación del Derecho, siempre y cuando no comprometan el carácter no moral y no político de tales juicios<sup>7</sup>.

## *2. La tesis central: la relación entre Derecho y moral*

La pregunta que procede ahora es cómo queda formulada la tesis de la relación entre Derecho y moral según el positivismo ético. Campbell suscribe la separabilidad (Derecho y moral pueden estar separados), pero no la separación (Derecho y moral están actualmente separados). Por eso formula más bien la tesis prescriptiva de la separación, según la cual la identificación y la aplicación del Derecho deben mantenerse lo más separadas o alejadas posibles de juicios morales. En definitiva, aboga por cambiar lo que hoy en día es habitual<sup>8</sup>. Como se ve, acepta que desde un punto de vista descriptivo los sistemas jurídicos actuales introducen criterios morales en la identificación y aplicación del Derecho<sup>9</sup>.

La tesis prescriptiva de la separación no es, por tanto, ni conceptual ni empírica ni analítica. Lo que formula es algo más que una simple posibilidad conceptual. Es una tesis moral en relación con los beneficios de obtener un sistema jurídico como el que prescribe. Ningún sistema jurídico debe permitir el uso de criterios explícitamente morales o, en todo caso, abiertos a la controversia, para establecer la existencia del Derecho o para determinar sus consecuencias<sup>10</sup>. Por eso, la regla de reconocimiento no debe contener términos que inviten al juicio moral. Es decir, puede hacerse referencia a creencias morales, pero debe evitarse el lenguaje que requiere que se hagan juicios morales antes de que la regla en cuestión pueda proporcionar suficiente contenido para guiar nuestra conducta concreta. Por tanto, la moral, e incluso la religión, tienen cabida en la medida que sean un conjunto homogéneo cuyo contenido puede establecerse de forma empírica e incontrovertible<sup>11</sup>. Y, por su parte, los aplicadores del Derecho deben abstenerse de usar recursos morales, de clase o de género, que enturbian la aplicación del Derecho<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> LTEP, 91.

<sup>8</sup> LTEP, 3.

<sup>9</sup> LTEP, 71.

<sup>10</sup> LTEP, 71-2. También cfr. T. Campbell, "The point of legal positivism", cit., 309.

<sup>11</sup> Cfr. T. Campbell, "The point of legal positivism", cit., 311-2.

<sup>12</sup> LTEP, 71-2.

### 3. *El ideal del positivismo ético*

Es relevante por último hacer referencia a esos ideales de carácter ético que llevarían a Campbell a prescribir las tesis positivistas. Se pretende una versión del positivismo jurídico que presenta de forma abierta y argumentada un ideal de lo que debe ser un “buen” sistema jurídico al cual se debe aspirar. Con la referencia a la bondad no se refiere a los contenidos del sistema sino a su forma y sus funciones<sup>13</sup>. En efecto, se trata de una teoría moral sobre el ejercicio del poder político visto como la actividad de controlar y coordinar de forma moralmente defendible la conducta de un gran número de personas. Pues bien, el positivismo ético presenta un modelo ideal de Derecho según el cual es una condición presuntiva de la legitimidad de los gobiernos que ellos funcionan a través de reglas específicas capaces de ser identificadas y aplicadas por ciudadanos y los funcionarios (*officials*) sin recurso a argumentos, presupuestos, creencias o mandatos de grupos políticos. Más en concreto, se trata de la idea política de que el gobierno debe llevarse a cabo mediante la creación y la aplicación de reglas específicas y objetivamente operables<sup>14</sup>. Por tanto, un sistema jurídico debe ser lo más parecido posible a un sistema autónomo de reglas de mandato rápidamente identificable, de tal claridad, precisión y alcance que puedan entenderse y aplicarse habitualmente sin recurrir a juicios morales y políticos controvertidos<sup>15</sup>. Campbell sostiene la necesidad de una ética específica para cada uno de los que participan en un sistema jurídico así, en especial de los legisladores y de los aplicadores del Derecho.

Por eso, Campbell enfatiza que en el modelo que propone los jueces deben tener por objetivo expresar y delimitar la voluntad política legítima de una comunidad a través de la adopción imparcial de sus decisiones basadas en reglas. Es deber de los jueces determinar el contenido del Derecho y aplicarlo sin recurso a juicios morales. Los jueces deben procurar la maximización de la actividad gubernamental constitucionalmente legítima<sup>16</sup>. Más aún, deben usar solamente criterios empíricos o moralmente neutrales en la identificación e interpretación del Derecho. Tal actitud por parte de los jueces requiere lógicamente de los legisladores que hagan leyes que puedan ser identificadas e interpretadas de esa forma<sup>17</sup>.

### 4. *La interpretación del Derecho*

Lo que se ha expuesto en los epígrafes precedentes sirve para contextualizar y comprender las tesis de Campbell sobre la interpretación. Para Campbell la interpretación en el sentido positivista que defiende consiste en seleccionar y aplicar

---

<sup>13</sup> LTEP, 75.

<sup>14</sup> LTEP, 2.

<sup>15</sup> Cfr. T. Campbell, “The point of legal positivism”, cit., 306.

<sup>16</sup> LTEP, 1-2.

<sup>17</sup> LTEP, 85.

reglas válidas. Por tanto, sostiene la necesidad de limitar las pretensiones de los jueces alentadas por la ambiciosa expresión “razonamiento jurídico”, que conduce a estilos expansivos propios de una razón práctica irrestricta (*open-ended*)<sup>18</sup>. En cambio, en un sistema jurídico que se aproxima al ideal del positivismo jurídico ético es deber del juez identificar las reglas jurídicas apropiadas de acuerdo con una regla de reconocimiento políticamente autoritativa y aplicar tales reglas como las legítimas fuentes del Derecho<sup>19</sup>. Como se ve, está en contra de entender la interpretación como innovación<sup>20</sup>.

El ideal interpretativo que defiende presupone que las reglas pueden leerse como proposiciones formadas por términos que poseen un significado literal o claro<sup>21</sup>. Campbell ha insistido en la posibilidad de emplear únicamente términos con significado contextualmente evidente (*contextually evident meaning*). Para ello, acude a la idea kelseniana según la cual la relación jurídica básica se da entre el legislador y el que está sujeto a lo legislado. La interpretación judicial es secundaria a este nexo comunicativo primario y su función es facilitar-lo. La intelegibilidad de la legislación para el ciudadano al que se le aplica requiere el uso de un lenguaje que éste pueda comprender y que exprese de manera clara y sencilla aquello que se le exige y aquello para lo que está autorizado. La legislación y la interpretación tienen que fijarse en el entendimiento compartido del lenguaje de los ciudadanos. Se trata de emplear lo que comúnmente se conoce como el significado ordinario y natural de las palabras. Este literalismo no es espontáneo ni se separa del contexto de origen y de uso de las palabras<sup>22</sup>.

Años después Campbell ha tratado de aclarar algo más lo que denomina “significado contextual claro” (*contextual plain meaning*). En primer lugar, acepta que la afirmación de que el propósito de la legislación debe entenderse como el intento de establecer reglas de acuerdo con el significado público de los términos usados es simplemente una estipulación. Se puede tratar de aclarar tal tesis pero no de justificarla. El significado contextual claro enfatiza el significado de las frases más que el que le da el hablante. Depende por tanto de la semántica y de la sintaxis, aunque no abandona totalmente los aspectos sociales o contextuales del lenguaje. Sostiene, por tanto, que las palabras y frases poseen significado según las reglas lingüísticas y las convenciones de la comunidad en que se usan. El contexto no debe llevarnos a reducir el significado de las palabras a las intenciones de quien las pronuncia, en este caso de quien legisla<sup>23</sup>. Lógicamente esto

<sup>18</sup> LTEP, 125.

<sup>19</sup> LTEP, 128-129.

<sup>20</sup> LTEP, 132.

<sup>21</sup> LTEP, 129.

<sup>22</sup> LTEP, 133.

<sup>23</sup> T. Campbell, *Prescriptive Legal Positivism: Law, Rights and Democracy*, London, UCL Press, 2004, 95-96. Como se trata de una recopilación que recoge trabajos publicados en un lapso de 10 años, vamos a citar a partir de ahora PLP y a continuación entre paréntesis el año del trabajo.

exige de quien legisla el empleo de las palabras correctas, es decir, de aquellas cuyo significado público recogen su intención<sup>24</sup>.

Como era de esperar, a Campbell no se le escapan las dificultades para alcanzar el ideal que propone. La complejidad de las sociedades donde conviven grupos distintos produce diferencias de valoración a la hora de interpretar las reglas<sup>25</sup>. Por otro lado, es imposible evitar completamente las zonas de penumbra en las reglas y los casos marginales<sup>26</sup>. A su juicio, la forma principal de resolver tales problemas es a través del conocimiento del propósito (*purpose*) de la legislación<sup>27</sup>. Menciona también la posibilidad de abstenerse de juzgar cuando no se tenga la posibilidad de alcanzar esos significados claros. Pero sobre todo se centra en las intenciones e incluso los propósitos de la asamblea legislativa (*the intentions or even the purposes of the legislature*). Aun siendo consciente de la posibilidad de usar de manera torcida tales elementos, sin embargo, Campbell sostiene que éstos se encuentran en el texto legislado y, en caso contrario, pueden encontrarse en la historia de dicho texto. Para ello, habrá que acudir a las discusiones políticas que estuvieron en la raíz de dicha legislación. En todo caso, el legislador tiene el deber de asegurar que sus intenciones (*intentions*) son comprendidas en el texto<sup>28</sup>.

Campbell parece conocer los problemas que se derivan de esta tesis. Por un lado, la dificultad de hablar de intenciones del cuerpo legislativo cuando lo común es que los miembros de éste no hayan leído lo que legislan. Por otro lado, nos encontramos con la necesidad de distinguir entre las intenciones (*intentions*) de quienes legislan y sus propósitos ulteriores o posteriores (*purposes or further intents*), que estarían más allá de las meras intenciones, con la consiguiente necesidad de aclarar por cuál de las dos cosas hay que guiarse. En tercer lugar, el volumen del cuerpo legislativo hace que sea difícil hablar de un propósito o de una intención común a sus miembros. Por último, hay que mencionar el carácter inespecífico de los propósitos aunque éstos estén formulados en lo legislado<sup>29</sup>. Sin embargo, Campbell considera que tales problemas se pueden soslayar si se tiene en cuenta que no nos estamos refiriendo a los motivos (*motives*) de los legisladores. La intención que se busca es el propósito establecido en la propia legislación o en declaraciones políticas auténticas. Por eso, únicamente si la intención no está clara, es posible acudir a la historia de la gestación de lo legislado<sup>30</sup>.

Años después Campbell ha vuelto a insistir en que su posición a favor de un “intencionalismo textual” no consiste en buscar la intención subjetiva de los legisladores sino la intención que está en el texto legislado. Para ello, quienes

---

<sup>24</sup> PLP (2001), 100.

<sup>25</sup> LTEP, 135.

<sup>26</sup> LTEP, 138.

<sup>27</sup> LTEP, 138.

<sup>28</sup> LTEP, 139-140.

<sup>29</sup> LTEP, 141-142.

<sup>30</sup> LTEP, 143-144.

legislan deben emplear las palabras en su significado contextual claro, como ya se mencionó<sup>31</sup>. Intentando definir mejor su posición afirma que también puede denominarse “textualismo contextual” o “contextualismo”. Por eso, rechaza que se trate tanto de “literalismo” como de “intencionalismo” o interpretación *purposive* en el sentido recién apuntado. Sería más bien una forma de “originalismo”, pero sólo en la medida en que enfatiza los textos originales, particularmente las leyes (*statutes*) y la Constitución<sup>32</sup>.

Al margen de esta insistencia en acudir a las intenciones y a los propósitos declarados por el propio texto legislado, Campbell hace referencia a otras técnicas para aminorar defectos en la formulación de aquellas leyes que están lejos del ideal del “significado contextual claro”. Por ejemplo, cabe buscar la consistencia con otras leyes claras<sup>33</sup>. También es posible el recurso a la creación de definiciones estipulativas (es decir, de términos técnico-jurídicos) adecuadas a las necesidades<sup>34</sup>. Otras posibilidades son la de abstenerse de juzgar sobre la base de que no debe decidirse nada en ausencia de reglas claras o la de decidir de manera paliativa a la espera de un cambio en la legislación (*second-best solution spending legislative resolution*)<sup>35</sup>. Incluso sostiene la posibilidad de no seguir la interpretación a partir del significado evidente cuando claramente éste no sea el pretendido por el legislador y además tal interpretación dé lugar a resultados injustos o estúpidos<sup>36</sup>.

En sus últimos trabajos sobre interpretación, Campbell vuelve sobre los problemas de una legislación deficiente que contiene imprecisiones, lagunas o zonas de penumbra. En estos casos, pueden decidirse “lo segundo mejor” (*second-best decisions*) a la espera de nueva legislación. Esto le conduce a tener que reconocer la discrecionalidad judicial y a mencionar algunas reglas que pueden adoptarse en estos casos. En concreto, se refiere de nuevo a la posibilidad de abstenerse de juzgar, al empleo de la analogía, al uso de principios jurídicos, etc. Y, por primera vez, alude al *référé* legislativo y a la posibilidad de juzgar según la moralidad positiva (si hay consenso al respecto)<sup>37</sup>.

Por último, hay que señalar que Campbell defiende la necesidad de una regla de reconocimiento que permita a quienes llevan a cabo la adjudicación y a los propios ciudadanos reconocer sin duda las fuentes autorizadas del Derecho. Deben excluirse, por tanto, aquellas reglas de reconocimiento que no sean claras, internamente consistentes e imparcialmente aplicables. Por lo dicho, parece claro que Campbell no puede aceptar que la regla de reconocimiento sea una práctica

<sup>31</sup> PLP (2001), 89-91.

<sup>32</sup> Cfr. T. Campbell, “Judicial activism – justice or treason?” *Otago Law Review* 10 (2003). Se cita por PLP (2003), 122.

<sup>33</sup> LTEP, 129.

<sup>34</sup> LTEP, 138 y 139.

<sup>35</sup> LTEP, 139.

<sup>36</sup> LTEP, 134.

<sup>37</sup> PLP (2001), 107. También en PLP (2000), 286-287.

judicial porque no se da una tal práctica de manera común y uniforme. La regla de reconocimiento debe derivarse de una Constitución política que estaría fuera del sistema jurídico<sup>38</sup>.

El fundamento de las tesis de Campbell sobre la interpretación es obviamente de carácter político en la medida en que su positivismo tiene, como se vio, bases éticas y políticas. En realidad, la teoría de la interpretación no sería tampoco separable de la teoría política<sup>39</sup>. En concreto, de la defensa de un gobierno de las leyes en un sistema democrático donde tales leyes derivan de la decisión del pueblo<sup>40</sup>. De ahí que en definitiva sea la defensa de la democracia la razón de su “intencionalismo textual”.

### *5. Observaciones críticas. Sobre la tesis social y sus consecuencias*

Antes de comentar la teoría de la interpretación del Derecho, debe hacerse referencia brevemente a dos cuestiones previas en relación con ella.

#### *5.1. La comprensión del sentido de la tesis social*

A mi juicio, la ventaja indudable de Campbell y, en general, de quienes estudian la tradición positivista en su desarrollo histórico, reside en que les permite comprender el sentido de la tesis social. En efecto, con la tesis social no se intenta describir una realidad, aunque solamente sea porque, como reconoce el propio Campbell, hay sistemas jurídicos donde no se cumple. Tampoco se trata de una tesis conceptual porque entonces no serviría para explicar algo como el Derecho, que es una práctica social. Y aunque el propósito de otros positivistas haya sido el de construir una ciencia jurídica pura, tal empresa descansa sobre una necesidad que actualmente puede parecer circunstancial.

Campbell parece ser consciente de que lo que mueve a cualquier filosofía jurídica es explicar una práctica y que la práctica jurídica no puede tomarse como un objeto físico sino como un producto humano. Por tanto, habrá que ver para qué sirve, con qué propósito ha sido construido dicho producto y sólo entonces estaremos en condiciones de comprenderlo o explicarlo. La respuesta a ese interrogante sólo puede darse en clave política y/o moral, porque se trata de un fenómeno social que tiene que ver con la manera de organizar las comunidades humanas.

El problema que el positivismo ético puede tener que afrontar es el de la comprobación empírica de si el Derecho puede alcanzar los fines de índole moral y política que se le asignan. No se trata tanto de los ideales que Campbell quiere

---

<sup>38</sup> LTEP, 148-149.

<sup>39</sup> Cfr. T. Campbell, “Grounding Theories of Legal Interpretation” en J. Goldsworthy & T. Campbell, *Legal Interpretation in Democratic States*, Aldershot, Ashgate/Darmouth, 2002, 41.

<sup>40</sup> PLP (2001), 89.

lograr a través del Derecho, que a mi juicio son comúnmente aceptados. Más bien, hay que considerar si es posible que las reglas puedan leerse como proposiciones formadas por términos que poseen un significado literal o claro porque se han formulado empleando únicamente términos con significado contextualmente evidente. Igualmente habrá que comprobar si es posible aplicarlas sin recurso a otro método de interpretación que no sea el de las intenciones y eventualmente los propósitos mediatos de la asamblea legislativa que se encuentran en el texto legislado o, todo lo más, en la historia de dicho texto.

### *5.2. La tesis de la discrecionalidad*

En segundo lugar, en lo relativo a la discrecionalidad judicial no parece quedar del todo clara la posición de Campbell. Por un lado, sostiene la necesidad de limitar las pretensiones de los jueces alentadas por la ambiciosa expresión “razonamiento jurídico” y se manifiesta en contra de entender la interpretación como innovación. Aún más, como se vio, asume la tesis de que la relación jurídica básica se da entre el legislador y el que está sujeto a lo legislado. Toda su insistencia en la posibilidad de lograr el significado contextual claro supone rechazar la discrecionalidad del juez o, al menos, considerarla indeseable y susceptible de ser eliminada de hecho. Y, así, en la interpretación enfatiza el significado de las frases más que el que le da el hablante, de forma que la interpretación consiste esencialmente en una tarea de análisis semántico y sintáctico. En la misma línea hay que mencionar que el único elemento pragmático al que deja un mínimo espacio en la interpretación es la intención del legislador que sea posible encontrar en la propia legislación o en declaraciones políticas auténticas.

Pero, por otro lado, Campbell deja la puerta abierta al empleo de recursos que favorecen la discrecionalidad. Por ejemplo, cuando admite el recurso a la creación de definiciones estipulativas (es decir, de términos técnico-jurídicos). También cabe la posibilidad de decidir de manera paliativa a la espera de un cambio en la legislación. Por lo demás, enumera otros recursos como el empleo de la analogía, el uso de principios jurídicos, la utilización de la moralidad positiva (si hay consenso al respecto). Incluso llega a aceptar la posibilidad de no seguir la interpretación a partir del significado evidente cuando claramente éste no sea el pretendido por el legislador y además tal interpretación dé lugar a resultados injustos o estúpidos. En definitiva, parece reconocer la discrecionalidad judicial.

En este aspecto, no parece advertir qué es lo coherente con la tradición que quiere seguir. Cuando parece rechazar la discrecionalidad del juez, Campbell es consecuente con el resto de su teoría jurídica. Ahora bien, en el momento en que empieza a abrir la mano y a mencionar recursos que van más allá de seguir el significado contextual claro y de acudir a la intención expresada en el texto legislado, entonces pierde por completo la coherencia. Y es que aceptar la discrecionalidad del juez supone abrir la puerta que la tesis social trataba de cerrar en el positivismo ético. Campbell había visto de forma acertada que la tesis

social tiene sentido por el fin que la sustenta: alcanzar determinados valores éticos y políticos, para lo cual se requiere la expulsión de los criterios de validez jurídica explícitamente morales o abiertos a la controversia. La tesis de las fuentes no tiene sentido alguno si a través de la discrecionalidad judicial se abre la puerta a la inseguridad, a la incerteza y a la falta de respeto a las decisiones de la autoridad que hace la ley. Si se admite la discrecionalidad, la tesis social queda casi vaciada o reducida a la verdad pacífica de que el Derecho es lo que dice el legislador o lo que dice el juez. Tal verdad no sirve, además, para distinguir el positivismo de otras teorías jurídicas. En otro lugar he mostrado que el hecho de que la tesis social haya sufrido nuevas formulaciones para intentar explicar la presencia de principios en el Derecho pone de relieve que si se toma como una tesis descriptiva termina convirtiéndose en una verdad nunca negada en la historia<sup>41</sup>.

En definitiva, la admisión final de la discrecionalidad por parte de Campbell no encaja con el resto de su teoría jurídica. A mi juicio, la razón por la que ha terminado dando espacio a la discrecionalidad tiene que ver con la simple imposibilidad de llevar a cabo la interpretación y, más en general, la aplicación del Derecho, de la forma que pretende. Tal cosa debería haber llevado a Campbell a plantearse si el problema del positivismo ético no estará más bien en que es impracticable, es decir, en que no puede mantenerse en la práctica. Pero este es un asunto que ya no tiene que ver directamente con la tesis social.

### 6. Sobre la interpretación

Si, a mi juicio y por lo visto, el acierto de Campbell tiene que ver con su capacidad para comprender la propia tradición en su devenir histórico; en cambio, su desconocimiento de otras partes de esa misma historia explica las sorprendentes tesis que formula acerca de la interpretación. A pesar de su longitud, el texto siguiente explica *mutatis mutandis* este extremo. “Observemos el curioso destino de la idea de codificación: en Alemania no se realizó (en el periodo histórico examinado por nosotros), ya que los juristas que eran contrarios a ella (sobre todo Savigny, que podemos denominar como el teórico de la anticodificación), lograron hacer prevalecer su punto de vista; en Francia se llevó a cabo la codificación, a pesar de que no se desarrollara su teoría (los juristas de la Revolución propugnaron la codificación de hecho, pero sin embargo no la teorizaron; y Montesquieu, el filósofo del Derecho más importante de la Ilustración francesa, no se puede considerar ciertamente como teórico de la codificación); en Inglaterra, en cambio, donde ya en el siglo XVII se encontraba el más importante teórico de la omnipotencia del legislador (Thomas Hobbes), no se realizó la codificación, pero

---

<sup>41</sup> Cfr. J. A. Seoane/P. Rivas, *El último eslabón del positivismo jurídico. Dos estudios sobre Joseph Raz*, Granada, Comares, 2005, 230 y ss.

sí fue realizada su más amplia teoría, la de Jeremy Bentham, llamado precisamente el «Newton de la legislación»<sup>42</sup>. Es decir, Campbell conoce bien la tradición positivista anglosajona, pero no se ha molestado en comprobar los avatares del intento real de realizar en la práctica las ideas de Bentham en los orígenes del movimiento codificador. Lo que Campbell defiende se intentó llevar a la práctica y la propia práctica se encargó muy pronto de mostrar su pura y simple imposibilidad. El propio Campbell señalaba que los fallos del positivismo descriptivo no niegan el esfuerzo prescriptivo, a menos que los primeros muestren la impracticabilidad de estos últimos. Pues bien, ese carácter impracticable ya ha sido mostrado. Lo que Campbell pretende ya fue pretendido por el Código napoleónico y por la Escuela francesa de la Exégesis hace doscientos años y hace bastante que sólo forma parte de los libros de Historia del Derecho. Por eso, a los oídos de la Metodología de la ciencia jurídica continental las afirmaciones de Campbell sobre la interpretación suenan tan extrañas. Conviene recordar además que algunos de los recursos que Campbell menciona para solucionar las diferencias de valoración a la hora de interpretar las reglas, las zonas de penumbra en las reglas y los casos marginales, se ensayaron hace mucho tiempo y se abandonaron hace también mucho tiempo. Los otros recursos que menciona son sencillamente incompatibles con las tesis positivistas.

### 6.1. Recursos positivistas

En primer lugar, Campbell hace referencia a la posibilidad de abstenerse de juzgar. Sin embargo, tal posibilidad ha estado y está expresamente excluida en toda codificación moderna. El paradigma habitualmente mencionado es el artículo 4 del Código de Napoleón de 1804: “El juez que bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, se niegue a juzgar, podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia”. Con una fórmula casi idéntica, el Código Civil español de 1889 proclamaba en su artículo 6 que “el tribunal que rehúse fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad”. Por mencionar un conocido ejemplo contemporáneo puede acudir al artículo 448 del Código Penal español de 1995: “El Juez o Magistrado que se negase a juzgar, sin alegar causa legal, o so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años”.

La mención al *référé législatif* también nos retrotrae más de dos siglos, y, remotamente, al Derecho romano postclásico y al Derecho medieval. En efecto, en 1790 se estableció en Francia un *référé législatif* general para todos los casos dudosos. En el Código napoleónico de 1804 se lo hizo desaparecer. Portalis en el

<sup>42</sup> N. Bobbio, *Il positivismo giuridico. Lezioni di Filosofia del Diritto raccolte dal Dr. Nello Morra*, Torino, Editrice cooperativa libraria universitaria, 1961. La cita corresponde a la traducción castellana de R. De Asís y A. Greppi, *El positivismo jurídico*, Madrid, Debate, 1993, 105.

*Discurso preliminar* (escrito en 1801) de presentación de dicho Código deja constancia de que ya entonces el Tribunal Supremo reprimía el abuso del *référé législatif* como una denegación de justicia<sup>43</sup>. En efecto, “forzar al magistrado a recurrir al legislador, sería admitir el más funesto de los principios; sería renovar entre nosotros la desastrosa legislación de los rescriptos. Pues cuando el legislador interviene para pronunciarse sobre asuntos nacidos y vivamente debatidos entre particulares, no está más al abrigo de sorpresas que los tribunales”<sup>44</sup>. Además, continúa Portalis, “el recurso al legislador entrañaría dilaciones fatales para el justiciable; y lo que es peor comprometería la prudencia y la santidad de las leyes”<sup>45</sup>. Porque, sigue diciendo, “la ley estatuye para todos; considera a los hombres en masa, nunca como particulares; no debe ocuparse de los hechos individuales ni de los litigios que separan a los ciudadanos. Si fuera de otro modo, habría que hacer nuevas leyes diariamente: su multitud ahogaría su dignidad y perjudicaría su cumplimiento. (...) Los intereses particulares sitiarían el poder legislativo; le apartarían, a cada instante, del interés general de la sociedad”<sup>46</sup>. Permaneció en todo caso la institución del *référé législatif* especial hasta 1837, pero como un recurso ante el legislador ante un conflicto interno entre el tribunal de casación y un tribunal ordinario.

Con respecto al empleo de definiciones estipulativas que menciona Campbell, hay que recordar que tales definiciones existen y que están igualmente sometidas a la discusión doctrinal. De manera que resolverían un problema interpretativo para crear uno nuevo. Es más, en cierto sentido se corre el riesgo de aumentar los problemas en vez de reducirlos, ya que tales definiciones contienen términos que pueden requerir de nueva aclaración a través de nueva definición. Por lo demás, nunca será posible que todos los términos empleados en la legislación sean objeto de una definición estipulativa. Y, en fin, hay que mencionar que la legislación contiene también conceptos abiertos que, como tales, no son nunca susceptibles de definición: buena fe, buenas costumbres, estado de necesidad, fuerza mayor, caso fortuito, abuso del derecho, resarcimiento del daño, etc.<sup>47</sup>. En todo caso, ya hace un siglo Kantorowicz recordó que aunque tales conceptos están incluidos en las leyes y su aplicación se realiza por tanto en obediencia a la órdenes del Estado, eso no convierte a tales conceptos en leyes, sino que permanecen siendo conceptos abiertos y no determinados ni determinables en su alcance concreto por las propias leyes que los contienen<sup>48</sup>.

El empleo de la analogía es otro de los recursos clásicos que se mencionan desde el positivismo como medio de colmar las lagunas de la ley. De nuevo

<sup>43</sup> Cfr. J. E. M. Portalis, *Discurso preliminar al Código Civil francés*, Madrid, Civitas, 1997, 42.

<sup>44</sup> *Ibid.*, 43.

<sup>45</sup> *Ibid.*, 44.

<sup>46</sup> *Ibidem*.

<sup>47</sup> Cfr. L. Lombardi Vallauri, *Corso di Filosofia del Diritto*, Padova, Cedam, 1981, 32-33.

<sup>48</sup> Cfr. Gnaeus Flavius (H. Kantorowicz), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg, Carl Winter, 1906. Se emplea la traducción de W. Goldschmidt, “La lucha por la Ciencia del Derecho” en AA. VV., *La ciencia del Derecho*, Buenos Aires, Losada, 1949, 362.

Campbell parece desconocer la vasta literatura sobre analogía desde, al menos, un siglo a esta parte. A juicio de la doctrina que considero más correcta, el problema fundamental que presenta la analogía reside en la afirmación de que entre el caso que se juzga y el caso contemplado por la norma hay diferencias solamente inesenciales. Tal afirmación exige del intérprete un juicio que no puede ser deducido mediante un razonamiento meramente lógico-formal. Porque el texto normativo no aclara qué es lo esencial y qué lo inesencial. Es decir, con la analogía se están extrayendo de una norma consecuencias que ella misma no extrae. Dicho de otro modo, se hace necesaria una interpretación fundamental (teleológica o conceptual) y, por tanto, se va más allá de la interpretación literal. No es éste el único problema. Y es que optar por la analogía significa también rechazar la argumentación *a contrario*, que no es sino la otra cara de la misma moneda. Siempre que es posible un uso de la analogía es también lógicamente posible un uso del argumento *a contrario*. Y, por último, la analogía puede producir varios resultados, de modo que sigue siendo necesario hacer una elección<sup>49</sup>. Los fundamentos para determinar qué es lo esencial y qué lo inesencial, cuándo procede la analogía y no la argumentación *a contrario*, y cuál es el resultado que se elige entre los varios que ofrece la analogía; no están en ningún caso en la propia ley. La elección de tales criterios tiene que ver con valoraciones que hace el intérprete que sólo se entienden como racionales o razonables a la luz de la corrección o de la “bondad” del resultado al que se llega. Por tanto, la analogía es más bien un camino hacia la incorporación de la moral en el Derecho.

### 6.2. Recursos no positivistas

Los demás criterios que menciona Campbell son directamente contrarios a las tesis positivistas. Es decir, exigen salir de las fuentes sociales. Se observa de manera evidente respecto de los recursos a la moralidad positiva, a las decisiones paliativas o según la lógica de “lo segundo mejor” (*second-best*) y a la posibilidad de no seguir la interpretación a partir del significado evidente cuando claramente éste no sea el pretendido por el legislador y además tal interpretación dé lugar a resultados injustos o estúpidos. Esto último contiene también una contradicción. En efecto, que pueda darse una contraposición entre un significado evidente y lo pretendido por el legislador lleva a concluir que nos encontramos ante una norma que formula precisamente lo contrario de lo que pretende. Aunque tal cosa sea una posibilidad lógica, no pasa de ser un sinsentido a efectos prácticos. En todo caso, lleva a dudar de la pericia o competencia técnica del legislador. En definitiva, estamos ante tres recursos que van más allá del Derecho establecido. Incluso, en el último de ellos, parece que va contra el Derecho sin más. A mi juicio,

---

<sup>49</sup> Sigo en este punto la exposición de L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1975, 285-293, donde recoge en detalle las tesis que formuló Heck sobre el particular en su *Begriffbildung und Interessenjurisprudenz* en 1914.

Campbell está defendiendo la tesis prescriptiva de la separación para, acto seguido, afirmar que podemos darle la espalda. La referencia a la moralidad o a la injusticia del resultado es manifiestamente contraria a la separación entre Derecho y moral. En realidad, lo mismo puede decirse del recurso a decisiones *second-best*, porque tiene por objeto alcanzar un cierto grado de justicia *in oblicuo* cuando la legislación no nos permite lograrla directamente.

Con respecto a los principios, son varias las dificultades para intentar hacerlos compatibles con la tesis social. En efecto, como se ha indicado acertadamente, para extraer consecuencias normativas de un principio o de un valor (constitucional, por ejemplo, aunque no sólo) es necesario hacer razonamientos morales que, aunque son llevados a cabo por una institución, no están ellos mismos institucionalizados ni son institucionalizables. Más en detalle, hay que señalar que el juez que aplica principios lleva a cabo un razonamiento práctico en un doble sentido. En primer lugar, cuando se aboca a extraer los contenidos implícitos en los principios con independencia de que por su parte exista o no adhesión a tales principios. Es decir, cuando extrae las consecuencias normativas del principio. Este género de razonamiento es similar al razonamiento moral, siendo idéntico al mismo si se consideran morales los principios en cuestión. En segundo lugar, y de menor interés para nuestro argumento, el juez lleva a cabo un razonamiento práctico cuando inventa o diseña un estado de cosas que armonice los principios en juego<sup>50</sup>. Porque los principios son normas cuyo contenido son estados de cosas<sup>51</sup>.

Y, más en general, cuando un juez pretende razonar desde el principio sin extraer conclusiones arbitrarias o completamente discrecionales pero sin encontrarse tampoco determinado por unos contenidos que la enunciación normativa del principio no le proporciona de manera acabada, entonces es imposible que la regla de reconocimiento contenga una determinación exhaustiva de cuáles razonamientos morales son admisibles y cuáles no<sup>52</sup>. Que los principios hayan sido puestos por un juez no oculta las razones por las que el juez los ha empleado, las cuales no tienen un origen en un “hecho social”<sup>53</sup>

---

<sup>50</sup> Cfr. P. Serna, “Introducción” en P. Serna (dir.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica* (segunda edición aumentada), Granada, Comares, 2005, 5-6.

<sup>51</sup> Cfr. F. Laporta, “Legal Principle” en G. Meggle (ed.), *Norms and Values. Discussions with G. H. von Wright*, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1999, 279.

<sup>52</sup> Cfr. P. Serna “Sobre el ‘Inclusive Legal Positivism’. Una respuesta al prof. Vittorio Villa”, *Persona y Derecho* 43 (2000), 133.

<sup>53</sup> Con más detalle, cfr. J. A. Seoane/P. Rivas, *op. cit.*, 231-236.