

CAPÍTULO PRIMERO
EL NACIMIENTO DEL *INCLUSIVE LEGAL POSITIVISM*

I. El trasfondo de la teoría: la polémica Hart-Dworkin y el desarrollo del pensamiento de Dworkin	7
II. Las primeras defensas de un positivismo incluyente: una alternativa positivista a las críticas de Dworkin	22
1. La incorporación de valores al derecho y el positivismo jurídico. La posición de Soper.	22
2. Lyons y la posible incorporación de un test de contenido en la regla de reconocimiento positivista	24
III. Las primeras respuestas de Dworkin a un “positivismo menos positivo”	25
IV. Recapitulación	28

CAPÍTULO PRIMERO

EL NACIMIENTO DEL *INCLUSIVE LEGAL POSITIVISM*

I. EL TRASFONDO DE LA TEORÍA: LA POLÉMICA HART-DWORKIN Y EL DESARROLLO DEL PENSAMIENTO DE DWORKIN

Desde el proceso de gestación de su principal obra *The Concept of Law*³ (1961), relacionado con sus primeras conferencias como profesor de teoría del derecho en Oxford, Hart trató de desvincular el positivismo jurídico de algunas tesis con las que tradicionalmente había sido identificado.⁴ Concretamente, Hart se separa del positivismo jurídico clásico, en especial del imperativismo de Austin. No obstante, al referirse a la cuestión de la relación entre el derecho y la moral, Hart defiende el positivismo jurídico como una teoría que se encuentra en mejores condiciones que el iusnaturalismo para resolver cuestiones como la obediencia al derecho y la resistencia al derecho injusto.⁵

Uno de los principales objetivos de su trabajo fue, pues, la adaptación, para su defensa, de la tradición positivista.⁶ Su crítica viene acompañada de su concepción del derecho como un sistema de normas formado por reglas que constituyen razones para la acción. Las críticas al positivismo tradicional, su versión del positivismo jurídico y su original visión del

3 Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, traducción de Carrió, G., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963 (en adelante CD).

4 Cfr. Páramo, J. R. de, "Entrevista a H. L. A. Hart", *Doxa*, 5, 1988, p. 342.

5 Según su interpretación del iusnaturalismo, éste no reconoce el derecho injusto como derecho. Para Hart, "Un sistema que permite distinguir entre la validez de las normas jurídicas y su moralidad, nos habilita para ver la complejidad y variedad de estas cuestiones; mientras que un concepto restringido que niega la validez jurídica a las reglas inicuas puede cegarnos frente a ellas". CD, p. 260.

6 Cfr. Orrego, C., *H. L. A. Hart. Abogado del positivismo jurídico*, Pamplona, EUNSA, 1997, *passim*. Este trabajo muestra como la defensa de Hart al positivismo jurídico no resulta de su teoría jurídica, sino que es un presupuesto de la misma.

derecho hicieron de Hart un autor muy influyente en la comunidad académica. El “éxito” de *The Concept of Law* en dicha comunidad es perfectamente conocido. Desde entonces hasta hoy, esta obra parece fijar las bases del debate sobre la teoría jurídica en el mundo anglosajón.

Seis años después de la presentación de *The Concept of Law*, el positivismo jurídico, esta vez en su versión hartiana, volvía a ser puesto en tela de juicio en *The Model of Rules I*⁷ (1967), el primer trabajo crítico de Dworkin. Debido al renombre que gozaba la propuesta hartiana y a la agudeza de las críticas dworkinianas, estas obras representan el inicio de un debate sobre el que correrían ríos de tinta y en el que desde entonces ha participado, con mayor o menor intensidad, una buena parte de los filósofos del derecho.

Este debate ha dado origen a una enorme cantidad de literatura académica. Forman parte de esta literatura autores y trabajos que defienden una u otra posición, o resaltan algún elemento de cada propuesta. A lo largo del debate, algunos de estos autores parecieron coincidir en la defensa de unas mismas tesis. Así, la discusión fue evolucionando y creciendo hasta el punto en que los miembros que participaban en la misma no necesariamente discutían sobre lo que Hart y Dworkin habían sostenido, sino que muchas veces lo hacían sobre las tesis que habían ido surgiendo a lo largo de este debate.

Ante las críticas realizadas por Dworkin al positivismo jurídico surgieron algunos intentos de afrontarlas manteniendo simultáneamente la esencia de la versión hartiana del positivismo jurídico.

Uno de esos intentos es el *Inclusive Legal Positivism* o “Positivismo Jurídico Incluyente” —desde ahora en adelante ILP—. En esencia, se trata de un intento de hacer compatibles los principios jurídicos y la incorporación de valores al derecho con el positivismo jurídico. Tal es la posición que, muchos años después de haber publicado *The Concept of Law*, parece haber llegado a sostener el propio Hart, en el *Postscript* de la segunda edición de esta obra donde se refiere a su pensamiento empleando la expresión *soft positivism*.⁸

7 Dworkin, R., “The Model of Rules (I)”, *University of Chicago Law Review*, 1967. También publicado en Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1977, traducción de Guastavino, M., *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984 (en adelante DS).

8 Hart, H. L. A., *Postscript*, en *The Concept of Law*, 2a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 250 (en adelante *Postscript*).

En las páginas que siguen se intentará describir cómo el proceso de transformación que sufre el positivismo jurídico da origen al ILP. Con esta finalidad, primero se expondrán brevemente los aspectos del pensamiento de Hart que más interesan para nuestro tema. A continuación, se mencionarán las críticas formuladas por Dworkin, junto con una breve exposición de su propuesta teórica. El carácter escueto de estos desarrollos se justifica porque su única finalidad es facilitar la comprensión del nacimiento del ILP, y entender su origen como réplica a los desafíos planteados por Dworkin.

A partir de lo anterior se analizarán las alternativas positivistas a las críticas de Dworkin que conforman las primeras defensas del ILP, en concreto las posiciones representadas por Soper⁹ y Lyons.¹⁰ Estos autores son los primeros en esbozar una defensa incluyente y, por esta razón, Dworkin dedica una de sus réplicas a esta alternativa del positivismo jurídico hartiano.¹¹

El ILP surge, pues, como una versión del positivismo jurídico hartiano que busca responder a los ataques de Dworkin, consagrándose posteriormente como teoría, principalmente en el ámbito anglosajón.

En el marco de la reflexión acerca de las dificultades para definir el derecho, Hart critica la tesis de Austin que propone una definición del derecho a partir de la idea de *mandato*. Con el fin de demostrar que el concepto de derecho como “órdenes respaldadas por amenazas” resulta incompatible con la variedad de normas que se encuentran en los sistemas jurídicos, Hart observa: (1) cómo las normas jurídicas no son necesariamente órdenes o mandatos;¹² (2) cómo el derecho no es fruto del deseo de una persona o de un grupo de personas — soberano — al cual los ciudadanos están acostumbrados a obedecer,¹³ lo que mucho menos toma en cuenta el caso particular de las democracias modernas;¹⁴ y (3) cómo las normas no son necesariamente coactivas; es decir, cómo existe el de-

9 Soper, E. P., “Legal Theory and the Obligation of a Judge. The Hart/Dworkin Dispute”, *Michigan Law Review*, 75, 1977. También publicado en Cohen, M. (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Londres, Duckworth, 1983, pp. 3-27.

10 Lyons, D., “Principles, Positivism and Legal Theory”, *Yale Law Journal* 87, 1977, pp. 415-435.

11 Dworkin, R., “Seven Critics”, *Georgia Law Review* 11, núm. 5, 1977. Este artículo posteriormente pasaría a ser un apéndice de *Taking Rights Seriously*, pp. 412-496.

12 *Cfr.* CD, p. 31.

13 *Ibidem*, pp. 31 y 61.

14 *Ibidem*, p. 97.

recho sin sanción.¹⁵ Todo ello implica, a juicio de Hart, que el intento de Austin de presentar el derecho como un fenómeno uniforme constituye la deformación de la realidad.¹⁶

A fin de superar las enumeradas deficiencias del positivismo jurídico tradicional, Hart propone pensar el derecho desde el “punto de vista interno”.¹⁷ Es decir, aproximarse a él adoptando la perspectiva del participante que sigue las reglas como guía del comportamiento propio y como crítica al comportamiento ajeno.¹⁸ La adopción del punto de vista interno no implica, aclara Hart, la aceptación del derecho por razones morales.¹⁹ Se trata más bien de observar la realidad jurídica, desde su interior, como una unión de reglas primarias y secundarias, capaces de orientar la conducta humana.²⁰

Las reglas primarias imponen obligaciones, definiendo qué es lo que se debe hacer o dejar de hacer; mientras que las reglas secundarias son las “reglas acerca de las reglas”.²¹ Cabe distinguir tres tipos de reglas secundarias: (1) la regla de reconocimiento, que permite identificar las reglas que forman un sistema jurídico; (2) las reglas de cambio, que señalan los procedimientos para la modificación de las reglas primarias;²² y (3) las reglas de adjudicación, que facultan a determinados sujetos para decidir si una regla primaria ha sido infringida en un caso concreto.²³

Entre las reglas secundarias destaca la de reconocimiento por ser la que permite distinguir a las normas jurídicas de otras normas. Es la regla que tiene la capacidad de informar sobre la validez y las fuentes de las normas jurídicas,²⁴ otorgando tanto a particulares como a funcionarios criterios para identificar las reglas primarias de obligación.²⁵ De esta manera, la regla de reconocimiento permite identificar a las normas jurídicas, distinguiéndolas de las pertenecientes a otros tipos de órdenes normativos, como la moral social, etcétera. A diferencia de las reglas prima-

15 *Ibidem*, p. 61.

16 *Ibidem*, p. 49.

17 *Ibidem*, p. 111.

18 *Ibidem*, pp. 110-113.

19 *Ibidem*, pp. 250-251.

20 *Ibidem*, p. 117.

21 *Ibidem*, p. 92.

22 *Ibidem*, p. 119.

23 *Ibidem*, p. 120.

24 *Ibidem*, p. 117.

25 *Ibidem*, p. 125.

rias, la existencia de la regla de reconocimiento depende de hechos fácticos.²⁶ Es decir, sólo existe como una práctica compleja y normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares que identifican el derecho por medio de ciertos criterios. En síntesis, “su existencia es una cuestión de hecho”.²⁷

Así, para que exista un sistema jurídico las normas deben ser generalmente obedecidas por sus destinatarios y la regla de reconocimiento efectivamente aceptada por los funcionarios. Por esto, los jueces deben adoptar el punto de vista interno.²⁸ Sin embargo, el científico del derecho debe adoptar el punto de vista externo. Por esta razón, Hart insistió en que su teoría es “descriptiva en el sentido de que es moralmente neutral y además no tiene propósitos justificatorios”.²⁹

Para que puedan ser transmitidas las pautas generales de conducta el derecho debe poder ser comunicado. Sin embargo, se observan en el lenguaje jurídico, en tanto lenguaje humano, núcleos de significado claro y zonas de penumbra que originan la “textura abierta”³⁰ del derecho. Cuando un caso ha de ser resuelto tomando como pauta una regla cuyo significado se encuentra en zona de penumbra, los jueces no tienen otra opción que elegir discrecionalmente entre posibilidades abiertas ejerciendo una función productora de reglas.³¹ Con respecto a estas cuestiones, Hart advierte la importancia de prevenir a la teoría jurídica de los excesos del formalismo y del escepticismo.³²

Al referirse a las diferencias y relaciones entre el derecho y la moral, Hart observa que una de las cuestiones vinculadas con este tema es el conflicto entre el derecho natural y el positivismo jurídico. Por esto, al desarrollar esta cuestión, hace referencia al debate entre ambas teorías. Hart advierte que existen de hecho algunas vinculaciones entre el derecho y la moral; a su juicio, pocos teóricos considerados positivistas negarían la existencia de tales vinculaciones.³³ Para Hart, el positivismo jurídico se caracteriza por “la afirmación simple de que en ningún sentido es necesariamente verdad que las normas jurídicas reproducen o satisfacen

26 *Ibidem*, p. 136.

27 *Ibidem*, p. 137.

28 *Ibidem*, p. 145.

29 Páramo, J. R. de, “Entrevista a H. L. A. Hart”, *cit.*, nota 4, p. 348.

30 *CD*, p. 159.

31 *Ibidem*, p. 169.

32 *Ibidem*, p. 183.

33 *Ibidem*, p. 256.

ciertas exigencias de la moral, aunque de hecho suele ocurrir así”.³⁴ A partir de esta definición, defiende el positivismo jurídico afirmando que esta teoría no niega la posibilidad de que la moral y el derecho se encuentren de hecho vinculados en determinadas circunstancias.

Si bien Hart acepta que el derecho tiene algunas conexiones con la moral, su idea del contenido mínimo de derecho natural aparece como un grupo de conexiones necesarias tan amplias que pueden ser satisfechas de modos contingentes. Por ello, esta referencia resulta compatible con la tesis positivista de la separación entre el derecho y la moral. De esta manera, las conexiones entre derecho y moral son presentadas como posibles y realmente existentes, pero de manera contingente, no necesaria.³⁵

Por su parte, Dworkin expone, a la luz de distintos casos jurisprudenciales, cómo cuando los jueces resuelven las controversias, apelan de hecho a distintos principios morales de una forma no meramente discrecional u optativa.³⁶ Con ello pretende demostrar que los sistemas jurídicos no se encuentran solamente formados por reglas, como sugiere Hart, sino también, al menos, por principios.³⁷ Con base en esta afirmación, expone una serie de diferencias entre las reglas y los principios, y propone superar la concepción del derecho como sistema de reglas. En concreto, sostiene que si bien tanto los principios como las reglas son parámetros obligatorios para las decisiones jurídicas, se diferencian en el carácter de la orientación que otorgan. Las reglas son aplicables de forma disyuntiva (*all-or-nothing*). Por ello, “[s]i los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión”.³⁸ Sin embargo, no es así como operan los principios. Un principio no pretende establecer las condiciones que hacen necesaria su aplicación. Más bien enuncia una razón que discurre en una sola dirección, pero no exige una decisión en particular. Por esto, afirma que “los princi-

³⁴ *Ibidem*, p. 230.

³⁵ *Ibidem*, pp. 250-256.

³⁶ Por ejemplo en *The Model of Rules I*, en el apartado tercero, Dworkin analiza dos casos que a su juicio permiten observar con claridad las diferencias entre las normas y los principios. Estos son el caso *Riggs vs. Palmer* resuelto por un tribunal de Nueva York y el caso *Henningsen vs. Bloomfield Motors* resuelto por un tribunal de Nueva Jersey. *Cfr. DS*, pp. 72-74.

³⁷ *Cfr. DS*, p. 72.

³⁸ *Ibidem*, p. 75.

pios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión de peso o importancia”.³⁹

Esta distinción propuesta entre principios y reglas se despliega, así, en tres criterios: (a) antes que tenga lugar la aplicación de una regla, se sabe con precisión en qué casos se aplicará dicha regla, sin que pueda decirse lo mismo de los principios; (b) a la hora de la aplicación, las reglas determinan el contenido de una decisión, mientras los principios no lo hacen, ya que deben ponerse en relación con otras razones; y (c) en caso de conflicto entre dos reglas, una de ellas pierde su validez o funciona como una excepción a la aplicación de otra; en cambio, cuando entran en colisión dos principios, se acude a la valoración del peso o la importancia de cada uno de ellos.⁴⁰

Aceptados los principios morales como normas pertenecientes al sistema jurídico, Dworkin trata demostrar la incompatibilidad de los mismos con la tesis de la separación entre el derecho y la moral y con la afirmación de que el derecho es una institución social cuya existencia y contenido siempre es determinada por referencia a hechos. En definitiva, si los principios de naturaleza moral operan como fuentes jurídicas obligatorias, y no como meros estándares discrecionales, entonces se hace preciso abandonar las tesis que caracterizan al positivismo jurídico hartiano.

Una vez advertido que en la práctica los órganos de adjudicación de los sistemas jurídicos complejos —menciona como ejemplos, los de Estados Unidos y Gran Bretaña— utilizan principios morales como estándares jurídicos obligatorios —no meramente discrecionales— para decidir los casos judiciales,⁴¹ Dworkin se propone demostrar que la versión hartiana del positivismo jurídico no es capaz de dar cuenta del papel de los principios morales en las decisiones judiciales. Para ello, argumenta que el positivismo jurídico es un modelo de y para un sistema de reglas que obliga a pasar por alto el papel de muchos estándares importantes que no forman parte de este sistema de reglas. De esta manera, el problema de la versión hartiana del positivismo jurídico es que cree que los estándares jurídicos son únicamente reglas.⁴²

Con respecto a la regla de reconocimiento, Dworkin ofrece varios argumentos que intentan demostrar su incapacidad para identificar los

³⁹ *Ibidem*, p. 77.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 78.

⁴¹ *Ibidem*, p. 102.

⁴² *Ibidem*, p. 72.

principios. El primero de estos argumentos es conocido como el argumento del pedigrí. Por medio de este argumento, Dworkin advierte que la regla de reconocimiento establece que el derecho se identifica por medio de un test de origen o pedigrí.⁴³ Esto significa que una norma es reconocida como jurídica sólo en virtud de su origen, por ejemplo, por haber sido promulgada como ley, y no por su contenido. Sin embargo, los principios morales no pueden ser reconocidos mediante este test. Su juridicidad parece depender de sus méritos sustantivos y no de condiciones fácticas enumeradas por una regla maestra. Como ha sido explicado, Dworkin intenta demostrar que los principios morales son normas jurídicas obligatorias. Para esto, observa cómo en distintos casos los tribunales reconocen ciertos principios como normas jurídicas, y cómo el reconocimiento de los mismos no se produce mediante el test de origen propuesto por el positivismo jurídico.⁴⁴ A partir de ahí, Dworkin concluye que la regla de reconocimiento positivista resulta incapaz de reconocer todo el derecho vigente.⁴⁵ Además, para Dworkin, es imposible formular una regla que pueda identificar todos los principios, porque si se designa una regla de reconocimiento que establezca que todos los principios en vigor son derecho se cometería una tautología al afirmar que el derecho es el derecho; y si se intenta enumerar todos los principios el fracaso es inevitable por ser innumerables y cambiantes.⁴⁶ Ergo, es imposible adaptar la versión hartiana del positivismo jurídico “modificando su regla de reconocimiento para que abarque los principios”.⁴⁷

Como consecuencia de las críticas contra *The Model of Rules I*, entre las que sobresalen los intentos de conciliar los principios con el positivismo jurídico,⁴⁸ Dworkin presenta una versión nueva de este argumento

43 *Ibidem*, p. 65.

44 *Ibidem*, pp. 72-83.

45 *Ibidem*, pp. 94-98.

46 *Ibidem*, p. 99.

47 *Idem*.

48 Destacan los intentos de Raz y Sartorius de explicar desde la teoría positivista la existencia de principios jurídicos. La réplica de Raz sostiene que los positivistas nunca habían negado la existencia de los principios jurídicos. Sin embargo, para Raz, los principios no eliminan la discrecionalidad judicial, debido a la vaguedad inherente del lenguaje, a la necesidad de los jueces de sopesar los principios y a la existencia de principios que sólo limitan el rango de consideraciones de los jueces sin determinarlos. Para Raz, los jueces tienen el deber de aplicar algunos principios y la discrecionalidad de aplicar otros. Así, los principios jurídicos pueden ser válidos precisamente del mismo modo que las reglas, al ser proclamados por una autoridad legislativa o administrativa. Esto es

en *The Model of Rules II*, donde sostiene que los principios morales no pueden ser conciliados con el positivismo jurídico debido a que esta concepción sólo reconoce la existencia de una obligación jurídica cuando existe de hecho una práctica y un respaldo social de la misma. Es decir, el positivismo jurídico hartiano afirma que las obligaciones jurídicas sólo derivan de prácticas sociales⁴⁹ que constituyen una norma que el juicio normativo acepta. Mientras que para Dworkin, “la práctica social ayuda a justificar una norma que el juicio normativo enuncia”.⁵⁰ Por otra parte, Dworkin aclara que el criterio del “apoyo institucional” ofrecido en *The Model of Rules I* para defender la juridicidad de los principios no puede ser comprendido como una regla social. Los principios deben tratar de justificar las normas establecidas, lo que conduce “a profundizar en la teoría política y moral”.⁵¹ Así, “el poner a prueba el apoyo institucional no proporciona ninguna base mecánica, histórica o moralmente

posible porque el positivismo nunca negó que una norma social pueda pasar a ser una norma jurídica. Además, los principios pueden ser obligatorios por ser aceptados por los jueces y formar una “costumbre judicial”. En concreto, en esto se diferencian de las reglas, porque las reglas pueden ser proclamadas por los jueces con un solo pronunciamiento; mientras que los principios surgen —como la costumbre— de un considerable número de pronunciamientos que comparten una misma línea de razonamiento. No obstante, para Raz, admitir esto es problemático, porque considera que la regla de reconocimiento no puede explicar el estatus jurídico de las costumbres judiciales. Dado que ella misma es una costumbre judicial, no puede conferir ningún estatus especial a otras costumbres judiciales. Por ello, propone modificar el criterio de identidad de Hart. A su juicio, un sistema jurídico consta no sólo de una regla consuetudinaria de los órganos de imposición del derecho y de todas las disposiciones reconocidas por medio de ellas, sino de todas las reglas y principios consuetudinarios de los órganos de imposición del derecho y de todas las disposiciones reconocidas por medio de ellas. *Cfr.* Raz, “Legal Principles and the Limits of Law”, *Yale Law Journal*, 81, 1972. También publicado en Cohen, M. (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, cit., nota 9, pp. 74-81.

Sartorius, en cambio, rechaza la discrecionalidad judicial por ser contraria a muchos principios democráticos —como la división de poderes— y acepta la importancia de los principios. Sin embargo, a diferencia de Dworkin, se adhiere a la idea de la existencia de un último criterio de validez como la regla de reconocimiento. Sartorius propone una forma de regla social que efectivamente dé cabida a los principios o que por lo menos los tenga en cuenta. Para esto, utiliza un concepto elaborado por el propio Dworkin cuando se refiere a la importancia del “apoyo institucional” para los principios. De esta forma, presenta un criterio de validez basado en el concepto de “apoyo institucional” que, a su juicio, es capaz de incorporar a los principios. Sartorius, R., “Social Policy and Judicial Legislation”, *American Philosophical Quarterly*, 8, 1971, pp. 155 y 156.

49 *Cfr.* DS, pp. 102-118.

50 *Ibidem*, p. 116.

51 *Ibidem*, p. 129.

neutra para establecer que una determinada teoría del derecho sea la más sólida”.⁵² Además, Dworkin también rechaza la estrategia positivista que pretende reconciliar esta teoría del derecho con los principios que los jueces aceptan y aplican como “costumbre judicial”. A su juicio, esta estrategia no sirve, al menos por dos razones. En primer lugar, porque la mayoría de los principios que los jueces suelen aplicar son discutibles, por lo menos en cuanto a su peso. En segundo lugar, porque la regla de reconocimiento sólo podrá identificar como vigentes aquellos principios que hayan sido previamente aplicados. Se plantea entonces el problema de aquellos principios que se aplican por primera vez, sin que vengan respaldados por una práctica judicial establecida. Por todo esto, Dworkin afirma que la noción de “costumbre judicial” no puede distinguir “muchos de los principios que los jueces tratan como principios que deben tener en cuenta”.⁵³

El segundo de los argumentos de Dworkin ha sido denominado el argumento de la controversia. Por medio de este argumento, ataca los presupuestos de Hart para la existencia de una regla que pueda imponer obligaciones. A su juicio, Hart establece que para que haya una regla social es necesario que exista una pauta general de conducta y cierta presión para que las conductas se ajusten a esa pauta. Por esto, cuando surgen desacuerdos sobre lo que demanda la regla de reconocimiento, no existe verdaderamente una regla social que pueda imponer obligaciones. Debido a que, según Dworkin, esta situación es relativamente frecuente y, no obstante, los jueces tienen el deber de aplicar alguna regla o principio para determinar lo que requiere el derecho, algo falla en la teoría de Hart.⁵⁴

Por último, Dworkin presenta una variante del argumento de la controversia, que ha sido denominado el argumento moral. Este argumento observa que cuando existe algún tipo de desacuerdo sobre lo que la regla de reconocimiento exige, la práctica convergente no basta para resolver la cuestión. Para solucionar este problema, quienes debaten deberán acudir a argumentaciones relacionadas con la superioridad moral de una posición sobre la otra y, en ese caso, la regla de reconocimiento dejará de ser una práctica social.⁵⁵

52 *Ibidem*, p. 130.

53 *Ibidem*, p. 126.

54 *Ibidem*, pp. 118-125.

55 *Ibidem*, p. 129.

Otra crítica de Dworkin a Hart procede, como es sabido, de la consideración de la discrecionalidad judicial. La tesis positivista de la discrecionalidad presupone que las normas jurídicas válidas son incapaces de regular, claramente y con certeza, todos los posibles casos jurídicos. En los casos difíciles, cuando el derecho es indeterminado, no existen respuestas correctas a los problemas jurídicos, y los jueces ejercen un poder discrecional limitado de creación del derecho. Dworkin rechaza la noción positivista de discrecionalidad por considerarla incapaz de describir lo que de hecho realizan los jueces. A juicio del autor norteamericano, los jueces no obran con discrecionalidad en sentido fuerte en los casos difíciles. Más aún, para Dworkin esta noción se contradice con el lenguaje de los juristas, quienes consideran que los jueces no crean, sino que aplican el derecho.⁵⁶

A criterio de Dworkin, la noción de discrecionalidad propuesta por los positivistas vulnera las expectativas generadas por las normas, atenta contra principios democráticos al consentir que un órgano no legitimado democráticamente ejerza facultades legislativas, y atenta contra el principio de irretroactividad de las normas desfavorables poniendo en juego la seguridad jurídica.⁵⁷

En cambio, para Dworkin, los casos difíciles siempre pueden ser resueltos conforme a derecho. Puede suceder que sea difícil encontrar la solución correcta, pero de esto no se sigue que no exista.

Llegados a este punto, es importante recordar que la crítica de Dworkin al positivismo jurídico se enmarca en su rechazo de la filosofía moral utilitarista y en su convencimiento de que existe una vinculación necesaria entre esta teoría de la moral y el positivismo jurídico.⁵⁸ Dworkin resalta que “el positivismo jurídico no acepta la idea de que los derechos puedan preexistir a cualquier forma de legislación; es decir, rechaza la idea de que a los individuos o los grupos puedan adjudicárseles otros derechos que los explícitamente previstos en el conjunto de normas explícitas que componen la totalidad de la jurisprudencia de una comunidad”.⁵⁹ Por esto, busca desarrollar una teoría que tome a los derechos en serio.

Antes de continuar, resulta necesario hacer una aclaración sobre la metodología adoptada para describir la propuesta de Dworkin dentro del

⁵⁶ *Ibidem*, p. 153.

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 82, 99-100, 150.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 31.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 36.

proceso de formación y desarrollo del ILP. En buena medida, la teoría que propone Dworkin fue desarrollada por este autor a lo largo de varias décadas y no paralelamente a sus primeras críticas al positivismo jurídico. Por razones de claridad y en aras de mostrar la unidad del pensamiento de Dworkin, se expondrán a continuación las líneas generales de su propuesta, antes de dar cuenta de algunas de sus réplicas al ILP —cuando en realidad, parte de estas propuestas surgieron después de sus primeras críticas al ILP—. Esta ligera alteración, lejos de oscurecer y distorsionar, servirá para aclarar la exposición.

En oposición a la visión de que las normas surgen de fuentes sociales, Dworkin ensaya un concepto interpretativo del derecho. El derecho es una cuestión de interpretación y esta actividad está dirigida a conocer y asignar significado. A los ojos de Dworkin, la interpretación jurídica es una interpretación constructiva que explica y justifica la totalidad del derecho explícito e implícito de una comunidad. El encargado de llevar adelante esta tarea interpretativa compleja que tiene como fuente, no sólo a las reglas, sino fundamentalmente a los principios, ha de ser un juez con muchas habilidades, idealizadas por Dworkin en la figura de Hércules.⁶⁰ Hércules ha de reconocer y definir los derechos de los ciudadanos a partir de las normas, los principios y las directrices políticas presentes en una sociedad, además de armonizar y justificar todos estos elementos sin contradicciones.⁶¹ Para esto, Hércules debe “construir un esquema de principios abstractos y concretos que ofrezca una justificación coherente para todos los precedentes de derecho consuetudinario”⁶² y para las estipulaciones constitucionales y legislativas.

Para Dworkin, la tarea interpretativa se desarrolla en tres etapas: (1) la etapa “preinterpretativa”,⁶³ en la que “se identifican las reglas y normas que proporcionan el contenido provisional de la práctica”⁶⁴ y el contexto de la interpretación; (2) la etapa interpretativa, en la que el “intérprete establece una justificación general para los principales elementos de la

60 *Ibidem*, p. 177.

61 *Ibidem*, pp. 192-208.

62 *Ibidem*, p. 190.

63 El autor escribe entre comillas la palabra “preinterpretativa” porque incluso en esta etapa es necesaria alguna forma de interpretación. Cfr. Dworkin, R., *Law's Empire*, Oxford, Hart Publishing, 1986 (reimp. 1998), traducción de Ferrari, C., *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1988, p. 58 (en adelante *IJ*). Si bien se cita generalmente la traducción al castellano de esta obra, siempre se ha tenido el texto original a la vista.

64 *IJ*, p. 57.

práctica identificada en la etapa preinterpretativa”;⁶⁵ y (3) la etapa posinterpretativa o reformadora, en la que el intérprete ajusta la práctica para adecuarla mejor a la justificación aceptada en la etapa interpretativa.

Así, en los casos nuevos, Dworkin afirma que el juez ha de decidir conforme a una construcción de la totalidad de la práctica jurídica en términos de justicia y equidad, para lograr la mejor interpretación posible del derecho vigente.⁶⁶ A la luz de esta interpretación constructiva se entiende cómo, para Dworkin, el estudio del derecho sólo tiene sentido desde el punto de vista interno, y más concretamente desde un punto de vista interno moral.⁶⁷

De este modo, la interpretación constructiva del derecho permite justificar la coerción del Estado, una vez que se acepta el derecho por razones morales. Además, la interpretación constructiva implica asimismo que el derecho no sólo surge de decisiones políticas explícitas, sino también de los principios que mejor lo justifican.⁶⁸

Por todo ello, el conocimiento del derecho no es una tarea exclusivamente lingüística o sociológica. La interpretación lleva consigo un componente moral, que no se refiere a la ideología del intérprete sino a la necesidad de lograr la mejor justificación moral de la práctica jurídica.⁶⁹

Para Dworkin, la mejor concepción jurídica es la que adopta el ideal del derecho como integridad. Esta concepción del derecho intenta ser una alternativa al pragmatismo y al convencionalismo, a medio camino o en equilibrio entre el peso de las decisiones institucionales pasadas y el peso del mejor argumento.

Dworkin sostiene que los participantes de la práctica jurídica adquieren un compromiso con la integridad como “una clara virtud”.⁷⁰ La integridad puede ser definida como la coherencia entre principios que justifican actos normativos y decisiones, unida a la coherencia de estos actos o decisiones con los principios que los justifican.

La integridad supone personificar a la comunidad en un agente moral capaz de actuar de buena o mala fe, con integridad o hipocresía, “tal co-

65 *Ibidem*, p. 58.

66 *Ibidem*, p. 164.

67 *Ibidem*, pp. 47 y 166.

68 *Ibidem*, pp. 164-166.

69 *Cfr. Ibidem*, pp. 22-24, 47-49, 166, y Sastre Ariza, S., *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, Madrid, McGraw Hill, 1999, p. 195.

70 *IJ*, p. 133.

mo pueden hacerlo las personas”,⁷¹ aunque esta personificación no implique que las comunidades tengan una existencia metafísica independiente de los miembros que las componen. Esta idea de integridad es el resultado de trasladar la noción de integridad individual al ámbito de las prácticas colectivas. Así, al igual que una persona actúa de forma íntegra cuando sus decisiones son coherentes con un esquema de principios generales que acepta como pautas de comportamiento, una comunidad ideal no justifica su actuar público por la obtención de resultados correctos ni por el respeto de la voluntad mayoritaria.⁷²

Esta concepción del derecho como integridad implica que los jueces apliquen los actos legislativos y los precedentes judiciales como partes de una voluntad unitaria de la comunidad jurídica que se plasma en algunos principios que rigen su vida. Dworkin identifica estos principios con las bases liberales que dan prioridad a los derechos frente a los fines colectivos y que consideran que las personas deben recibir un trato igualitario.⁷³

En síntesis: (1) el derecho es concebido como una obra colectiva; (2) las decisiones jurídicas se integran en una obra que está comenzada pero que debe ser continuada en el futuro; (3) la interpretación no consiste sólo en establecer el significado de la práctica jurídica sino que, además, busca su mejor justificación; (4) de los principios se derivan derechos que forman parte del ámbito jurídico, aun cuando no estén dentro de las prácticas sociales o de las convenciones que contienen el material jurídico; (5) la integridad está relacionada con la coherencia que exige presentar la práctica jurídica como un conjunto armónico de principios; (6) la integridad parece ser, más que una descripción de la realidad, un ideal político que sólo puede llevarse a cabo de forma limitada; y (7) la exigencia de integridad se dirige tanto al legislador, como al juez y al jurista.⁷⁴

De lo anteriormente enunciado, y como respuesta a las tesis de Hart sobre la “textura abierta” y la necesidad de la discrecionalidad judicial, Dworkin intenta demostrar que aunque el derecho sea vago o poco claro y los conceptos jurídicos adolezcan de esa textura abierta, los jueces siempre disponen de medios para elegir entre las distintas alternativas.⁷⁵

⁷¹ *Ibidem*, p. 126.

⁷² *Ibidem*, pp. 126 y 152-163.

⁷³ *Cfr. DS*, pp. 388-395.

⁷⁴ Se toma este resumen de las ideas de Dworkin de Sastre Ariza, S., *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, cit., nota 69, pp. 194 y 195.

⁷⁵ *Cfr. DS*, p. 146.

Por esto, frente a un caso difícil Dworkin sostiene que el juez debe apelar al ámbito de la moral y la política del que forma parte el derecho y buscar un principio que ofrezca la solución más justa y que mejor explique la tradición del sistema institucional.⁷⁶

Esta tesis parece estar en profunda armonía con la tesis de los derechos y con el rechazo de la tesis positivista de la discrecionalidad judicial fuerte. Para Dworkin, el derecho no adolece de la indeterminación y la falta de integridad de la que se le acusa; lo que permite, aun en los casos difíciles, encontrar la única respuesta jurídica correcta.⁷⁷ Su percepción del derecho como integridad, como un todo que engloba la realidad jurídica de forma coherente y su tesis de la única respuesta correcta sugieren al juez que evite recurrir a la “solución” simplista de la discrecionalidad.

De esta forma, el derecho es presentado como una práctica argumentativa e íntimamente ligada a la moral. Los principios morales juegan un papel importante en esta vinculación. Aún más, la existencia de las normas jurídicas y de los demás estándares jurídicos depende de su compatibilidad con los principios morales.⁷⁸ Por esto, Dworkin llega a afirmar que si el derecho es gravemente injusto “es posible que [el juez] deba mentir”⁷⁹ y ocultar el derecho incompatible con la moral.

El razonamiento moral se encuentra necesariamente presente en el razonamiento jurídico, por lo menos en los casos difíciles. Así, cuando dos teorías concurren en la explicación de un sistema jurídico debe preferirse la más fuerte moralmente, es decir, la que proporcione una mejor justificación moral del sistema. Por consiguiente, los principios son jurídicos pero su naturaleza es moral.⁸⁰

En definitiva, la teoría jurídica de Dworkin busca justificar y no sólo descubrir el material jurídico positivo. Este último es sólo una parte de la totalidad del derecho que está implícito en la sociedad y en las instituciones. La teoría del derecho como integridad es una teoría de índole moral y particularista, sólo predicable de las sociedades que comparten un determinado sistema de valores. Por esto, “el derecho no puede florecer co-

⁷⁶ Algunos argumentos de Dworkin en favor de la tesis de la única respuesta correcta en *DS*, pp. 396-411 y 455-464.

⁷⁷ *Cfr. II*, p. 191.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 175.

⁷⁹ *DS*, p. 451.

⁸⁰ *Ibidem*, pp. 466-469.

mo una empresa interpretativa en cualquier comunidad, a menos que exista un acuerdo inicial suficiente sobre cuáles son las prácticas jurídicas de modo que los juristas discuten sobre la mejor interpretación de lo que, a grandes rasgos, es la misma idea”.⁸¹

II. LAS PRIMERAS DEFENSAS DE UN POSITIVISMO INCLUYENTE: UNA ALTERNATIVA POSITIVISTA A LAS CRÍTICAS DE DWORKIN

De las críticas elaboradas por Dworkin contra el positivismo jurídico hartiano surgen varias respuestas realizadas desde distintas perspectivas que dan origen a diversas versiones del positivismo jurídico hartiano.⁸² En 1977 surgen dos defensas del positivismo jurídico presentadas por Lyons⁸³ y Soper.⁸⁴ Si bien éstas no son las únicas defensas a la versión hartiana del positivismo jurídico que aparecieron hasta la fecha, sí conforman las primeras respuestas a Dworkin que dan origen a la teoría que se estudia en este trabajo.

1. *La incorporación de valores al derecho y el positivismo jurídico. La posición de Soper*

Una propuesta de acomodar las críticas de Dworkin al modelo positivista hartiano es presentada por Philip Soper en *Legal Theory and the Obligation of a Judge. The Hart/Dworkin Dispute*.⁸⁵

En este trabajo, Soper critica algunas de las tesis de Dworkin y sugiere como una posibilidad, entre otras, para superar las críticas del autor norteamericano al positivismo jurídico, asumir como refinamientos sus demandas relativas a la práctica jurídica.

En este sentido, Soper ilustra cómo el test positivista utilizado para reconocer la validez de las normas jurídicas en los casos fáciles puede extenderse para identificar la validez de los principios, que se aplican a casos difíciles. De esta forma, propone que en los casos difíciles —en los

⁸¹ *IJ*, p. 74.

⁸² Ya se han mencionado *supra* algunas réplicas a las objeciones de Dworkin, en concreto, las ofrecidas por Raz y Sartorius.

⁸³ Lyons, D., “Principles, Positivism and Legal Theory”, *cit.*, nota 10, pp. 415-435.

⁸⁴ Soper, E. P., “Legal Theory and the Obligation of a Judge. The Hart/Dworkin Dispute”, *cit.*, nota 9, pp. 3-27.

⁸⁵ *Cfr. Idem.*

que el derecho no puede ofrecer una respuesta clara y precisa— se recurre a una práctica social para interpretar la norma. Esto permite utilizar los estándares implícitos en el lenguaje y en la finalidad de la norma para resolver los casos difíciles con un proceso similar al utilizado para resolver los casos fáciles.⁸⁶ La única diferencia entre ambos procesos es que, en lugar de concentrar la atención en una norma y su finalidad, en los casos difíciles la investigación se realiza sobre la totalidad de cada institución, junto con todas las normas, prácticas relevantes y sus respectivos objetivos.

De dicha investigación se obtiene un complejo grupo de estándares que debe ser usado para obtener la mejor solución al caso planteado. Soper es consciente de que el test final que determina si un estándar es jurídico o no puede ser excesivamente complejo. Sin embargo, a su juicio, “la simplicidad nunca fue afirmada como una característica del modelo teórico positivista”.⁸⁷

Soper tiene en cuenta la posible réplica de Dworkin. En efecto, éste sostiene que este tipo de respuestas es incorrecto porque no diferencia entre las reglas sociales, que simplemente describen los deberes que son aceptados socialmente, y las reglas normativas, que imponen deberes a los individuos por más que éstos no los acepten.⁸⁸

Para Soper, si el corazón del positivismo jurídico afirma que no es necesario que el derecho reproduzca ciertas demandas de la moral, los estándares morales pueden ser relevantes para las decisiones jurídicas de forma contingente según lo que determinen las reglas sociales.⁸⁹

Soper señala que la aproximación de Dworkin parece observar con sutileza los límites inherentes del lenguaje y de la capacidad humana de prever. En síntesis, capitaliza los problemas de la incertidumbre⁹⁰ para

⁸⁶ *Cfr. ibidem*, p. 16.

⁸⁷ *Idem*.

⁸⁸ *Cfr. ibidem*, p. 17.

⁸⁹ *Cfr. ibidem*, p. 19.

⁹⁰ Mackie caracteriza a la teoría dworkiniana como “la tercera teoría del derecho”, situada entre el positivismo jurídico y el iusnaturalismo. Considera que esta tercera teoría es la que realmente introduce incertidumbre e indeterminación en el derecho, debido a que, según su parecer, los juicios morales son siempre subjetivos, por más que quienes los formulen y piensen se refieren a estos como objetivamente válidos. Mackie, J., “The Third Theory of Law”, *Philosophy and Public Affairs* 7, núm. 1. 1977, pp. 3-16.

reintroducir los juicios valorativos en la descripción del derecho.⁹¹ No obstante, a juicio de Soper, el modelo positivista puede permanecer intacto ante los argumentos de Dworkin. Así, el debate normativo sólo puede ocurrir “porque las reglas sociales hacen relevante ese debate para determinar la validez jurídica”.⁹²

2. Lyons y la posible incorporación de un test de contenido en la regla de reconocimiento positivista

El mismo año que Soper presenta *Legal Theory and the Obligation of a Judge. The Hart/Dworkin Dispute*, David Lyons publica también una revisión crítica del trabajo de Dworkin *Taking Rights Seriously*.

En “Principles, Positivism and Legal Theory”,⁹³ Lyons sostiene una idea similar a la de Soper. Para Lyons, el positivismo no excluye a los principios morales como estándares jurídicos, porque el positivismo jurídico no rechaza a los tests de “contenido”.⁹⁴ La idea de Dworkin de que el test de validez jurídica positivista es únicamente de “origen” parte de una lectura “estrecha”⁹⁵ de la teoría de Hart.⁹⁶ Además, la idea de que los principios eliminan toda la incertidumbre es, a su juicio, falsa; por esto, no se puede rechazar definitivamente la discrecionalidad judicial.⁹⁷

En la teoría de Hart, el derecho está determinado en última instancia por la práctica de los funcionarios. Así, el test para determinar qué es el derecho depende de lo que hagan los funcionarios. Para Lyons, esta teoría del derecho admite la posibilidad de que, en un sistema jurídico particular, los funcionarios determinen la validez de algunas o todas las normas considerando la compatibilidad de éstas con un documento que requiera la interpretación de algunos términos morales. Según Lyons, la interpretación de estos términos por parte de los jueces puede generar una práctica, que permitirá determinar qué es lo que cuenta como derecho. En definitiva, para Lyons, así como la teoría del derecho de Hart es

91 Cfr. Soper, E. P., “Legal Theory and the Obligation of a Judge. The Hart/Dworkin Dispute”, *cit.*, nota 9, p. 21.

92 *Ibidem*, p. 22.

93 Lyons, D., “Principles, Positivism and Legal Theory”, *cit.*, nota 10, p. 415.

94 Cfr. *ibidem*, p. 426.

95 *Ibidem*, p. 424.

96 Cfr. *idem*.

97 Cfr. *ibidem*, p. 421.

perfectamente compatible con una práctica como la anteriormente descrita, también lo es con las prácticas de los jueces norteamericanos —observadas por Dworkin—, que interpretan cláusulas constitucionales tales como la del “debido proceso”, como si incorporasen conceptos morales de igualdad y justicia.⁹⁸

Concluye Lyons que los positivistas no sostienen que el derecho debe ser “identificado por tests de «pedigrí» y no por tests de «contenido»”.⁹⁹ Sólo afirman que no es necesario que las reglas deban satisfacer estándares morales particulares a fin de contar como derecho. El hecho de que la cualificación en virtud del “contenido” no necesariamente ocurra en los sistemas jurídicos “no implica que no pueda ocurrir”.¹⁰⁰

Como observa Dworkin, tanto Soper como Lyons parecen considerar que lo esencial del positivismo jurídico “es la afirmación de que el respaldo de cualquier pretensión de derecho se encuentra en alguna práctica social, aun cuando en ocasiones —e incluso siempre— esa misma práctica remita la decisión a la moralidad”.¹⁰¹

III. LAS PRIMERAS RESPUESTAS DE DWORKIN A UN “POSITIVISMO MENOS POSITIVO”

Dworkin ofrece una réplica a quienes para superar sus críticas permiten que se incorporen valores morales en la regla de reconocimiento de forma contingente, conforme a lo que determinen las reglas sociales.¹⁰²

Para el profesor norteamericano, el positivismo jurídico está vinculado principalmente con dos afirmaciones importantes y relacionadas, que no se encuentran en la versión del positivismo jurídico que defienden los primeros incluyentes.¹⁰³ La primera declara que es propio de un sistema jurídico que alguna especie de criterio más o menos mecánico establezca las condiciones suficientes y necesarias para determinar lo que es derecho. Dworkin ha vinculado este criterio con una prueba de origen o pedigrí, identificando este tipo de criterio positivista con la regla de reconoci-

98 *Cfr. ibidem*, p. 425.

99 *Ibidem*, p. 426.

100 *Idem*.

101 *DS*, p. 472.

102 *Cfr. Dworkin, R., “Seven Critics”, cit.*, nota 11, Este artículo posteriormente pasó a ser un apéndice de *Taking Rights Seriously*.

103 *Cfr. DS*, p. 472.

miento de Hart. Esta tesis, a juicio de Dworkin, se relaciona con una concepción de la función del derecho. Para fundamentar esta afirmación, Dworkin observa cómo Hart describe la regla de reconocimiento como un elemento de las sociedades donde rige un sistema jurídico, que permite distinguir este tipo de sociedades de las que pueden denominarse prejurídicas. Esta diferenciación se da porque las reglas de reconocimiento parecen eliminar la “incertidumbre latente en la práctica prejurídica”.¹⁰⁴ Así, la función del derecho parece ser proveer un conjunto establecido, público y confiable de estándares de conducta oficial y privada. No obstante, se reconoce que ningún “conjunto de normas públicas puede ser completo ni completamente preciso”.¹⁰⁵ Por esto, cuando el derecho calla es necesario acudir a la discrecionalidad judicial.

De esta forma, se agrega un nuevo argumento contra la regla de reconocimiento hartiana —que será denominado “el argumento sobre la función del derecho”— y se relacionan la tesis positivista del criterio más o menos mecánico de identificación del derecho con una teoría política sobre la función del derecho y con la tesis de la discrecionalidad judicial fuerte. Por lo tanto, si se suaviza el positivismo jurídico como proponen Soper y Lyons “se debilita correspondientemente este conjunto de argumentos”.¹⁰⁶

La segunda afirmación con la que Dworkin caracteriza al positivismo jurídico se relaciona también con otra posición teórica más general que habría que modificar si se abandona esta afirmación. Dworkin cree que para el positivismo jurídico la verdad de las proposiciones jurídicas consiste en “hechos históricos ordinarios referentes al comportamiento individual o social”,¹⁰⁷ que quizás incluyen hechos referentes a creencias o actitudes, desde una perspectiva empirista. Por esto, sostiene que parte de la ambición de Hart, y de los positivistas en general, pareciera ser independizar “el estatuto objetivo de las proposiciones del derecho de cualquier teoría controvertible, tanto meta-ética como de la ontología moral”.¹⁰⁸ Esto parece contrario a la posibilidad de que el positivismo jurídico admita que la validez del derecho pueda depender de hechos morales obje-

104 *Ibidem*, p. 473.

105 *Idem*.

106 *Ibidem*, p. 474.

107 *Idem*.

108 *Ibidem*, p. 476.

tivos y no de las meras creencias relativas a esos hechos morales, tesis que Soper y Lyons parecen defender.

Pero supongamos que Hart no acepta este reduccionismo. Si es así, Hart debería aceptar un realismo objetivo sobre hechos morales como puede ser “la crueldad”.¹⁰⁹ Hart podría afirmar que cada vez que la Constitución establezca criterios de validez expresados en lenguaje moral —como puede ser la necesidad de que las penas no sean crueles para ser válidas—, estas afirmaciones no serían ni verdaderas ni falsas. Para Dworkin, este argumento podría funcionar si el uso del lenguaje moral fuese algo meramente ocasional. No obstante, a su juicio y como cree haber demostrado, el uso del lenguaje moral por los sistemas jurídicos parece más sistemático que ocasional. Si esto es cierto, sólo un pequeño grupo de normas podrían ser reconocidas como válidas.¹¹⁰ Por todo esto, la unión de las teorías hartianas y dworkinianas que proponen Soper y Lyons no parece viable.

Por último, Dworkin observa cómo Soper distingue las teorías conceptuales del derecho de las descriptivas. Soper sostiene que la teoría positivista es conceptual y que la dworkiniana es descriptiva, debido a que los positivistas hacen una afirmación, que si es correcta, es válida para todos los ordenamientos jurídicos, no sólo en virtud de una generalización, sino necesariamente. En cambio, Dworkin hace afirmaciones sólo sobre un sistema jurídico particular.

Dworkin afirma que “si el positivismo es conceptual porque es lingüístico, y si mi teoría provee aunque sea un ejemplo en contra, entonces mi teoría debe ser conceptual porque es también lingüística”.¹¹¹ Dworkin plantea la cuestión en términos hipotéticos porque no acepta la idea de que el positivismo sea una teoría sobre la práctica lingüística.

En definitiva, se recurre a los sistemas jurídicos modernos para demostrar que en ellos la verdad de una proposición jurídica puede consistir en algún hecho moral y que, por lo tanto, “la concepción positivista de los derechos jurídicos debe ser falsa”.¹¹²

109 *Idem.*

110 *Idem.*

111 *Ibidem*, pp. 477 y 478.

112 *Ibidem*, p. 479.

IV. RECAPITULACIÓN

Como se ha visto, no tardaron en aparecer respuestas a las críticas realizadas por Dworkin. Lyons y Soper son los primeros en ofrecer una respuesta que intenta demostrar la posible incorporación de valores, como los principios morales, en la regla de reconocimiento positivista.

Para esto, objetan la caracterización del positivismo jurídico ofrecida por Dworkin. Afirman que los positivistas no necesitan limitar su test para identificar el derecho válido a puros hechos, es decir, a un test de pedigrí. Estos autores sostienen que la versión hartiana del positivismo jurídico puede aceptar sin problemas un test de “contenido” para la identificación del derecho válido.

Para estos autores, el positivismo jurídico proclama que no es necesario que las reglas deban satisfacer estándares morales particulares a fin de contar como derecho.¹¹³ Así, el hecho de que la cualificación en virtud del “contenido” no necesariamente ocurra en los sistemas jurídicos no implica que no pueda ocurrir. Es decir, del hecho de que derecho y moral no están necesariamente conectados, no se sigue que, en un sistema jurídico particular, el test de validez jurídica no pueda depender de un criterio moral.

Como puede observarse de lo expuesto, la opción incluyente del positivismo jurídico es diferente a la versión objetada por Dworkin. Por más que los iniciadores de este debate expresamente digan que no quieren discutir sobre “etiqueta[s]”,¹¹⁴ al intentar demostrar la capacidad o incapacidad del positivismo jurídico para incorporar valoraciones en su regla de reconocimiento trasladan inevitablemente la discusión a una ineludible cuestión preliminar: ¿qué es el positivismo jurídico?, ¿cuál es su esencia?

Debido a que es imposible responder a la pregunta sobre la posibilidad de que el positivismo jurídico incorpore coherentemente valores en su test de validez jurídica sin comenzar el razonamiento con un concepto previo de positivismo jurídico, Dworkin opina sobre esta posibilidad, con base en una visión del positivismo jurídico vinculada con una determinada teoría sobre la función del derecho y con un reduccionismo gnoseológico empirista.¹¹⁵

113 *Cfr.* Lyons, D., “Principles, Positivism and Legal Theory “, *cit.*, nota 10, p. 426.

114 *DS*, p. 472.

115 *Ibidem*, pp. 471-476.

En este primer capítulo se han presentado los orígenes del ILP observando la importancia de la polémica Hart/Dworkin para el surgimiento del mismo. Como se ha mostrado, es la adaptación del positivismo jurídico a las críticas de Dworkin lo que da origen y facilita el desarrollo de esta nueva teoría. A continuación se expondrán la evolución del ILP, su consolidación como teoría y las distintas críticas que han surgido desde dentro y fuera del positivismo jurídico.