

CAPÍTULO QUINTO
EL REFINAMIENTO DEL *INCLUSIVE LEGAL POSITIVISM* (II).
LA PROLONGACIÓN DEL DEBATE CON DWORKIN Y SU
PROPIO DEBATE INTERNO

I. La continuación del debate entre el <i>inclusive legal positivism</i> y la teoría dworkiniana	295
1. La continuación del debate sobre la naturaleza controvertida del derecho	295
2. La continuación del debate metodológico	321
3. La continuación del debate sobre <i>inclusive legal positivism</i> y objetividad de la moral	343
II. Las últimas versiones del <i>inclusive legal positivism</i> y el debate interno	360
1. La defensa de Moreso del <i>inclusive legal positivism</i>	361
2. La propuesta de Ródenas.	363
3. La versión constructivista de Villa.	367
4. El <i>modest incorporationism</i> de Kramer	369
5. El <i>incorporationism</i> de Himma	371
6. El debate interno	375

CAPÍTULO QUINTO

EL REFINAMIENTO DEL *INCLUSIVE LEGAL POSITIVISM* (II). LA PROLONGACIÓN DEL DEBATE CON DWORKIN Y SU PROPIO DEBATE INTERNO

En el capítulo anterior se ha expuesto cómo el ILP refina sus argumentos y tesis a fin de poder presentarse como la versión más atractiva del positivismo jurídico, y de superar las críticas procedentes del ELP. Sin embargo, como ya se ha visto, su contrincante por excelencia es Dworkin. A continuación se analizarán las respuestas incluyentes a las críticas dworkinianas contra el argumento positivista de la convencionalidad del derecho, y las réplicas de Dworkin a estas respuestas. Además, también se presentarán las críticas dworkinianas a la aproximación metodológica incluyente al fenómeno jurídico y el problema de la objetividad de la moral para el ILP. Para finalizar este capítulo, se examinarán algunas nuevas versiones del ILP —hasta cierto punto independientes de las propuestas por Hart, Waluchow y Coleman— y se estudiará el debate interno entre las diversas posiciones incluyentes.

I. LA CONTINUACIÓN DEL DEBATE ENTRE EL *INCLUSIVE LEGAL POSITIVISM* Y LA TEORÍA DWORKINIANA

1. *La continuación del debate sobre la naturaleza controvertida del derecho*

Uno de los argumentos más antiguos ofrecidos por Dworkin contra la posible aceptación por parte de los positivistas de que se incorporen los principios morales al derecho es el denominado argumento de la controversia. En este sentido, Dworkin se adelantó a lo que sería la propuesta incluyente y previno que la regla de reconocimiento que permite que la moral sea una condición de juridicidad no puede ser una regla social o

una regla convencional. Para él, esto deriva del hecho de que los principios morales son inherentemente controvertidos, por lo cual los jueces no podrán ponerse de acuerdo en qué principio moral aplicar o cómo aplicarlo a cada caso, imposibilitando que se logre confirmar una práctica social convergente o una convención. Este argumento de Dworkin apunta a una posible incompatibilidad entre la posibilidad de que se incorporen principios morales al derecho y una visión del derecho como convención o como práctica social.

Uno de los incluyentes que más ha desarrollado la tesis de la convencionalidad es Coleman. La tesis convencionalista de este autor ya ha sido expuesta con la debida atención.⁹⁵⁸ En este apartado se estudiará la defensa que este autor realiza de su incorporacionismo contra los ataques de Dworkin relativos a esta tesis. Junto con esta defensa, se expondrá cómo, más de treinta años después de haber presentado su primer crítica contra el positivismo jurídico y al realizar una revisión crítica de la obra de Coleman *The Practice of Principle*, Dworkin se ocupa especialmente de refutar la tesis incorporacionista de la convencionalidad.⁹⁵⁹

A. Respuestas del inclusive legal positivism a Dworkin

Como se ha visto, una de las críticas de Dworkin al ILP es que admitir la posibilidad de que existan criterios morales de validez jurídica es incompatible con la concepción de que el derecho es una práctica social o una convención. Contra el argumento de la controversia de Dworkin, Hart ha respondido que los jueces pueden estar de acuerdo sobre lo relevante de un criterio moral de validez como algo establecido por la práctica judicial, aunque no estén de acuerdo en lo que puede requerir este criterio en un caso en particular.⁹⁶⁰ Por su parte, Waluchow no cree que

958 *Cfr. supra*, capítulo tercero, epígrafe III.2 y capítulo cuarto, epígrafe IV.

959 *Cfr. Dworkin, R.*, “Thirty Years On”, *Harvard Law Review*, 115, núm. 6, 2002, pp. 1655-1687.

960 *Cfr. supra*, capítulo tercero, punto I.2. Contra la respuesta de Hart, Mitrophanous afirma que el problema no es que se pueda identificar el derecho válido con un grado aceptable de certeza. Aquí el problema es que el hecho de la aceptación es lo que constituye la regla. Es decir, sin aceptación no puede haber regla social. Esto genera un dilema para el ILP: por un lado, quiere admitir criterios morales que puedan ser aceptados por la práctica judicial, pero por el otro, no quiere admitir que estos criterios constituyen una regla normativa, más que una regla social. *Cfr. Mitrophanous, E.*, “Soft Positivism”, *cit.*, nota 935, pp. 640 y 641.

todas las cuestiones morales sean indeterminadas. Para este autor, algunas cuestiones morales son fáciles de responder, y sobre éstas existe un acuerdo unánime. Para exemplificarlo, observa cómo muchas veces el contenido de ciertas cláusulas constitucionales no genera un amplio desacuerdo y que, por lo tanto, su significado no se encuentra completamente indeterminado. En definitiva, Waluchow no niega la controversia de los criterios morales de validez, pero advierte que existen casos paradigmáticos de acuerdo.⁹⁶¹

La respuesta de Coleman resulta algo más articulada. Puede resumirse así: (1) Si bien la conducta de los participantes es una condición de existencia de una regla de reconocimiento convencional, el contenido de la regla no está determinado por su comportamiento. (2) Las prácticas o reglas convencionales pueden —de hecho, casi siempre deben— admitir la posibilidad de desacuerdo. Es más, ese desacuerdo puede tomar dos formas. Puede ser un desacuerdo acerca de cómo aplicar la norma, o un desacuerdo sobre su contenido. Esto significa que “los jueces pueden estar de acuerdo sobre lo que una regla establece pero no estar de acuerdo unos con otros sobre lo que ésta requiere, especialmente en los casos controvertidos”.⁹⁶² Además, por más que otros autores sostengan que el desacuerdo sobre el contenido de la regla no es compatible con el convencionalismo, Coleman afirma que este tipo de desacuerdo no es inconsistente con una regla convencional ni tiene por qué estar reservado para los casos de penumbra.⁹⁶³ (3) Apelar a un argumento moral sustantivo para resolver disputas en la regla de reconocimiento puede ser compatible con concebir la regla como una convención, si la regla especifica que las controversias sobre el contenido se resuelven de esa manera.⁹⁶⁴

Junto con las defensas anteriormente esbozadas, Coleman responde a una posible transformación del argumento de la controversia. Esta nueva versión de la crítica dejaría de tener un objetivo conceptual, para ocuparse de una cuestión empírica. Dicha reformulación diría que cuanto más controvertida es la regla de reconocimiento, menos puede cumplir con su función de guía. Contra esta versión del argumento de la controversia,

961 *Cfr. supra*, capítulo tercero, epígrafe II.1.

962 Coleman, J., “Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis”, en Coleman, J. (ed.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, cit., nota 576, p. 130 y *POP*, p. 116.

963 *Ibidem*, pp. 157-172.

964 *Ibidem*, p. 99.

Coleman responde que se debe distinguir entre la eficacia y posibilidad de que exista el derecho. El positivismo insiste en la convencionalidad del derecho como esencial para comprender la posibilidad de que éste exista. Por otro lado, la eficacia de una regla de reconocimiento varía según su controversialidad. Esto importa al positivismo, pero importa como una cuestión de eficacia y no como una cuestión de existencia.⁹⁶⁵

Si bien Coleman piensa que sus réplicas contra las críticas a su tesis de la convencionalidad sirven para defenderla, en *The Practice of Principle* admite que no se encuentra satisfecho con la forma en que su argumentación expresa la unidad de su visión sobre la convencionalidad de la regla de reconocimiento. Sin embargo, considera que las concepciones de las “intenciones compartidas” y de las “actividades cooperativas compartidas”—SCA— que posteriormente adopta, sí logran este objetivo. A su juicio, estas concepciones ofrecen un marco para las negociaciones de las que surgen las reglas. No obstante, aclara que si bien este marco es creado y sostenido por el comportamiento de los participantes, éste no es el caso del contenido de las reglas que constituyen la práctica. Las reglas son el resultado de negociaciones en curso. Así, es posible que haya desacuerdo sobre su contenido. Es decir, un desacuerdo sustantivo e importante que puede invitar a discutir sobre el punto de la práctica y que, por el marco dado, puede ser determinado apelando a argumentos morales sustantivos sobre cómo se debe proceder.⁹⁶⁶

Por todo ello, Coleman reconoce que Dworkin tiene razón al afirmar que en las prácticas jurídicas maduras existen desacuerdos sobre el contenido de la juridicidad, y que esos desacuerdos invitan a la discusión sobre la mejor interpretación de la práctica; lo que, a su vez, invita a discutir sobre el verdadero objetivo de la actividad. Sin embargo, Coleman cree que Dworkin se equivoca cuando infiere que esta falta de acuerdo, y los medios para resolverla, son incompatibles con un criterio de juridicidad convencional, como el que defienden los positivistas.

Coleman piensa que Dworkin malinterpreta la relación entre el contenido de la regla de reconocimiento y la práctica de los funcionarios al

965 Cfr. Coleman, J., “Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis”, en Coleman, J. (ed.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, cit., nota 576, pp. 132 y 133 y *POP*, pp. 116-119.

966 Cfr. *POP*, p. 99. Para ampliar sobre la tesis de Coleman que sugiere que el desacuerdo sobre el contenido de una norma no es incompatible con el convencionalismo. Cfr. *ibidem*, pp. 157-172.

sostener que, como la regla de reconocimiento es una regla social o convencional, su contenido está completamente constituido por el comportamiento de los funcionarios. Para Coleman, el contenido de la regla de reconocimiento está determinado en parte por comprensiones y comportamientos compartidos, aunque esto no implica que tal acuerdo agote su contenido. Por esto, afirma que no existe un requerimiento de que deba haber un completo acuerdo sobre las reglas entre los funcionarios. De hecho, considera que un desacuerdo parcial es naturalmente esperable, ya que los funcionarios no pueden haber discutido todo caso posible que surja bajo las reglas.⁹⁶⁷

Así, al referirse a la relación entre la regla de reconocimiento y la práctica de los funcionarios, Coleman afirma que el hecho de ser practicada es una condición de existencia de la regla de reconocimiento, y que dicha práctica consiste en un comportamiento convergente realizado desde el punto de vista interno. Si bien Coleman admite que la convergencia de comportamiento y la actitud de los funcionarios fijan la regla de reconocimiento de forma tal que cuando hay acuerdo entre los funcionarios el contenido de las reglas refleja dicho acuerdo, también sostiene que el contenido de la regla de reconocimiento puede incluir cuestiones no anticipadas en las que los funcionarios pueden no coincidir. Esto es así porque la regla de reconocimiento es una regla general cuya existencia depende del acuerdo entre los funcionarios sobre cómo proyectar esa regla a casos futuros —que no han ocurrido— y casos que caen fuera del alcance del comportamiento convergente. De esta manera, la indeterminación y el desacuerdo no sólo son posibles sino esperables en los sistemas jurídicos complejos.⁹⁶⁸

Sobre la relación entre la regla de reconocimiento y la práctica de los funcionarios, Enrique Villanueva e Imer Flores presentan algunas observaciones que serán tenidas en cuenta por Coleman. Villanueva se pregunta por el contenido del tipo de regla de reconocimiento propuesto por Coleman. En concreto, observa que el contenido del tipo de regla de reconocimiento presentada por Coleman no puede ser completamente articulado de forma proposicional —a diferencia de las reglas primarias— porque este contenido se encuentra de algún modo por encima de la práctica. Si bien Coleman parece caracterizar este tipo de contenido como una entidad abs-

967 *Ibidem*, p. 79, n. 10.

968 *Ibidem*, p. 83.

tracta, el trabajo teórico parece realizarse por una visión del conocimiento práctico que no es explicada. Para Villanueva, el problema es saber cuánto contenido puede ser proposicionalmente articulado en la regla de reconocimiento y si el contenido que puede ser articulado es suficiente para prevenir la arbitrariedad, o si los funcionarios dependen de comprensiones “intuitivas” —no proposicionales— sobre el contenido de la regla de reconocimiento.⁹⁶⁹ Además, si Coleman tiene razón en que la existencia de la regla de reconocimiento depende de la práctica de los funcionarios, Villanueva se pregunta qué sucede si esa práctica es ilegal —aunque sea parcialmente—. En concreto, se pregunta si esas prácticas ilegales también son condición de existencia de la regla de reconocimiento.⁹⁷⁰ Por otra parte, Villanueva advierte que, debido a que es común en la práctica de los funcionarios que cambien su interpretación o modo de aplicar las normas generales, el contenido de la regla de reconocimiento no es estable y es difícil develar las obligaciones que dicho contenido impone a los funcionarios en cada ocasión. De hecho, parece incapaz de distinguir entre una aplicación válida de una norma y otra inválida.⁹⁷¹ En cuanto a la tesis que sostiene que la regla de reconocimiento ofrece tanto criterios para identificar las normas primarias como razones para actuar, Villanueva observa que para Coleman, por más que un juez tenga reservas sobre el contenido de la norma validada por una regla de reconocimiento, éste actuará conforme a dicha norma porque es un funcionario y, por tanto, actuará desde el punto de vista interno de forma colegiada con los otros funcionarios. Villanueva se pregunta entonces si el punto de vista interno elimina todas las fuentes de discrepancia personal sobre el contenido tanto de las normas válidas como de la regla de reconocimiento.⁹⁷² Por último, este autor se pregunta qué papel tiene la regla de reconocimiento en la revisión judicial. Es decir, si la regla de reconocimiento permite o limita la revisión judicial, o si los jueces pueden ir más allá del contenido de la regla de reconocimiento, o si los jueces tienen la práctica de ir más allá del contenido de la regla de reconocimiento, lo que implica que dicha regla se encuentra en continuo cambio, o si los jueces no pueden ir más allá de la regla de reconocimiento porque sus sentencias siem-

969 Villanueva, E., “Norm’s Content and Legal Reasons for Action”, en Villanueva, E. (ed.), *Legal and Political Philosophy*, cit., nota 696, pp. 136 y 137.

970 Cfr. *Ibidem*, p. 137.

971 Cfr. *Ibidem*, pp. 137 y 138.

972 Cfr. *Ibidem*, pp. 138-140.

pre forman parte de la regla de reconocimiento, aunque esto haga que el contenido de la regla de reconocimiento sea tan amplio que no parezca cumplir ninguna función.⁹⁷³

Por su parte, Flores se ocupa —entre otras cuestiones— del problema que supone para Coleman la explicación de la autoridad del derecho con base en la misma autoridad del derecho. Así, advierte la circularidad que supone que una regla sea posible por el comportamiento de los funcionarios y que los funcionarios adquieran dicha función con base en las reglas.⁹⁷⁴ Flores considera que esto es un problema para quienes sostienen —como Coleman— que la regla de reconocimiento es una práctica social, es decir, una regla y una práctica. Sin embargo, cree que este problema se soluciona si se sostiene que la regla de reconocimiento es una convención y una ficción —como lo son la “convención como coordinación” o la “convención constitutiva”⁹⁷⁵.

En “Convention and Normativity”⁹⁷⁶ Coleman busca responder las objeciones planteadas tanto por Villanueva como por Flores. En concreto, contra las dudas de Villanueva sobre el contenido de las reglas convencionales, Coleman vuelve sobre la distinción —anteriormente señalada en otros trabajos⁹⁷⁷— entre la regla de reconocimiento y la práctica de los funcionarios. A su juicio, la regla de reconocimiento es una regla y esto significa que es una entidad proposicional abstracta; en cambio, la práctica se constituye en parte por el comportamiento y no es una entidad proposicional. La relación entre dicha práctica y la regla de reconocimiento se basa en que la existencia de la regla de reconocimiento depende de la práctica, pero su contenido —y por lo tanto, el alcance de las obligaciones que afirma imponer— no es determinado por el alcance de dicha práctica. Para Coleman, los argumentos de Dworkin contra una visión convencionalista del derecho se basan en una concepción individualista de lo que supone compartir un criterio o una regla. A su juicio, esta interpretación individualista sobre el seguimiento de las reglas ha sido desacreditada por muchos filósofos, desde Wittgenstein hasta Putnam. En cambio, para Coleman, la convencionalidad de la regla debe ser ca-

973 Cfr. *Ibidem*, pp. 140-142.

974 Cfr. I. Flores, “In the Dark Side of the Conventionality Thesis?”, en E. Villanueva, (ed.), *Legal and Political Philosophy*, cit., nota 696, p. 152.

975 *Ibidem*, pp. 152-156.

976 Coleman, J., “Conventionality and Normativity”, en Villanueva, E. (ed.), *Legal and Political Philosophy*, cit., nota 696, pp. 157-175.

977 En concreto, cfr. *POP*, pp. 77-83.

racterizada en términos de criterios que son compartidos en la comunidad —en sentido amplio y no individualista—. Sin embargo, observa que lo que los jueces comparten en un sentido individualista son las actitudes interpersonales constitutivas de intenciones coincidentes esenciales para desarrollar conjuntamente actividades cooperativas.⁹⁷⁸ Queda por responder a la objeción de Flores sobre la circularidad del argumento de la autoridad del derecho. Para Coleman, esta crítica no logra refutar su visión porque su propuesta sólo pide al lector que imagine la situación en la que un grupo de individuos, por las razones individuales que tengan, se une para evaluar la conducta humana a la luz de estándares de conducta. Sin embargo, nunca se sugiere que esta característica sea una condición suficiente del derecho. Por esto, Coleman considera que si la práctica de los individuos que se unen para evaluar la conducta no es acompañada de otras condiciones —institucionales—, no se convierte a los individuos que la forman en funcionarios o jueces.⁹⁷⁹

En definitiva, Coleman afirma que el positivismo es compatible con la existencia de desacuerdos en la argumentación jurídica. Además, al caracterizar a la práctica judicial como una SCA, Coleman cree ofrecer una explicación del sentido en que el derecho es una práctica social o convencional; explicación que considera no está disponible para Dworkin, por la estructura de su teoría.⁹⁸⁰

Una vez ofrecida su visión sobre la convencionalidad del derecho, Coleman recuerda que contra la visión del derecho como una práctica social o convencional, Dworkin ofrece dos argumentos diferentes pero relacionados. Por un lado, presenta el argumento de la controversia; y, por el otro, el del aguijón semántico.⁹⁸¹ El argumento de la controversia ya ha sido explicado y respondido. En cuanto al aguijón semántico, Coleman considera que este argumento se basa en dos tesis que supuestamente afirman los positivistas —aunque de hecho, para este autor ningún positivista las sostenga o deba sostenerlas—. La primera afirma que los positivistas ofrecen un análisis del contenido semántico del término “derecho”. La segunda, sostiene que la semántica de los positivistas es “criteriológica” (*criterial*). Esto significa que hay criterios para la corrección

978 Cfr. Coleman, J., “Conventionality and Normativity”, *cit.*, nota 696, pp. 160-166.

979 *Ibidem*, pp. 174 y 175 y *POP*, pp. 100 y 101.

980 Cfr. *POP*, p. 100.

981 Más detalles sobre este punto, en Himma, K., “Ambiguously Stung: Dworkin’s Semantic Sting Reconfigured”, *Legal Theory*, 8, 2002, pp. 145-183.

ta aplicación del término “derecho”, lo cual lleva a Dworkin a concluir que la gente no puede estar en desacuerdo sobre el criterio para la correcta aplicación del término “derecho”. Esto se debe a que, para la semántica “criteriológica”, tener el mismo concepto es tener el mismo criterio para aplicarlo.⁹⁸²

Por todo esto, Coleman cree que el aguijón semántico es la misma crítica que Dworkin presenta contra la convencionalidad de la regla de reconocimiento, sólo que desde un contexto diferente. Así, en la crítica a la tesis de la convencionalidad, sugiere que el positivismo jurídico es incapaz de explicar los desacuerdos sobre el criterio de juridicidad; mientras que el aguijón semántico afirma que el positivismo es incapaz de explicar los desacuerdos sobre cuáles son los criterios correctos de aplicación del concepto de “derecho”. Si bien la objeción es la misma, los efectos que ambas críticas generan son diferentes. La crítica al convencionalismo de la regla de reconocimiento está hecha para proponer una visión interpretativa de las fuentes del derecho y un concepto interpretativo de juridicidad, mientras que el aguijón semántico busca proponer una visión sobre cómo debe proceder la filosofía del derecho; una visión en la que el análisis del concepto de derecho no sea meramente descriptivo de los criterios compartidos para aplicar el término “derecho”, sino interpretativo y, por lo tanto, normativo.⁹⁸³

Contra el aguijón semántico, Coleman afirma que este argumento se equivoca en lo que deben compartir los individuos en orden a tener un mismo concepto. Coleman afirma que para compartir el mismo concepto los individuos deben estar de acuerdo, no en los criterios de aplicación, sino en un grupo paradigmático de casos del concepto. Si bien estos casos paradigmáticos son en principio revisables, no pueden ser revisados todos o la mayoría al mismo tiempo. En definitiva, basta con que la mayoría de las personas competentes que usan el lenguaje compartan grupo suficiente de casos paradigmáticos para que pueda decirse que se comparte un mismo concepto. Esto implica, a juicio de Coleman, que compartir el mismo concepto no equivale a que se comparta la misma aplicación del criterio.⁹⁸⁴

Una vez presentadas sus defensas tanto contra el argumento de la controversia como contra el aguijón semántico, Coleman critica la alternati-

982 *Cfr. POP*, p. 155.

983 *Ibidem*, pp. 155 y 56.

984 *Ibidem*, pp. 156 y 157.

va interpretativa y normativa que ofrece Dworkin. Para esto, se pregunta tres cuestiones relativas a las formas en las que el derecho y la moral se pueden relacionar: (1) ¿qué condiciones son las que determinan la existencia de un criterio de juridicidad? (2) ¿cuáles son los límites, si los hay, en el contenido de este criterio? (3) ¿cuál es el contenido del derecho? Coleman sugiere que a estas preguntas, Dworkin responde: (1) En una comunidad, los criterios de juridicidad son, en parte, una cuestión de argumentos morales. (2) La moral puede ser, y de hecho normalmente es, una condición de juridicidad. (3) El contenido del derecho es una cuestión de argumentos morales. Para Coleman, la respuesta de Dworkin a 1 ha ido cambiando. Al principio, Dworkin afirmaba que en un sistema jurídico en que la moral fuese una condición de juridicidad, el criterio de juridicidad no podía ser convencional. Sin embargo, luego parece afirmar que el criterio de juridicidad que deriva de argumentos político-morales no depende del contenido de ningún criterio controvertido de juridicidad, sino de la afirmación de que el desacuerdo sobre este criterio —cualkiera que sea su contenido— es una característica duradera y dominante de las prácticas jurídicas en sistemas desarrollados.⁹⁸⁵

Coleman observa cómo al principio lo que diferencia a Dworkin del positivismo jurídico es el punto 2. Sin embargo, una vez que surge el ILP se puede observar que lo que realmente distingue a estas teorías es 1 y 3. Además, Coleman observa que la visión de Dworkin sobre 1 deriva de 3.⁹⁸⁶ En definitiva, a su juicio el positivismo no sólo responde 1 y 3

985 *Ibidem*, pp. 172 y 173.

986 En concreto, Coleman interpreta la teoría de Dworkin como si afirmase que en todo sistema jurídico conceptualmente posible el derecho no sólo depende de hechos sociales. A su juicio, cuando Dworkin niega que el criterio de validez es convencional, sostiene que el criterio de validez de una comunidad en particular no es determinado por su práctica jurídica sino por la mejor interpretación de dicha práctica. Para Coleman, Dworkin cree que la mejor interpretación de la práctica jurídica supone dos elementos: la adecuación (*fit*) y los valores. El elemento de la adecuación considera en qué medida un principio es coherente con la historia institucional del sistema jurídico limitando la autoridad de algunos principios morales. Los valores entran en consideración cuando dos principios que cumplen con el elemento de la adecuación entran en conflicto. En este momento, la dimensión justificativa soluciona el conflicto. Esto significa que Dworkin sostiene que en todo sistema jurídico posible el contenido del derecho se determina por la interpretación que permite justificar mejor los pronunciamientos autoritativos de una comunidad. En definitiva, Dworkin deriva una teoría conceptual del derecho de una teoría conceptual de la adjudicación. Esta estrategia, para Coleman, sigue el camino inverso al correcto, ya que lo lógico es que una teoría de la adjudicación presuponga —en vez de implicar— una teoría del derecho. El problema es que el contenido de la adjudicación

de forma diferente que Dworkin, sino que también rechaza la idea de que lo que cuenta como un estándar jurídico obligatorio en una comunidad particular queda fuera de una teoría general sobre el contenido jurídico, rechazando también la vinculación entre estas respuestas.⁹⁸⁷

Con la misma finalidad que Coleman, Kramer defiende al ILP de la crítica de la controversia. Kramer considera que la crítica de Dworkin caricaturiza el positivismo jurídico. Por esto, lo que busca es separarse de esta caricatura. En primer lugar, defiende la idea de que los jueces están de acuerdo en los casos fáciles. Reconoce que puede ser que los jueces no estén de acuerdo en las razones o motivos por los cuales resolver determinados casos —los fáciles— del mismo modo. Sin embargo, para Kramer, esto no significa que existe entre los jueces un desacuerdo en el criterio para decidir los casos fáciles.⁹⁸⁸ En segundo lugar, se afirma que “incluso si los desacuerdos sobre los criterios están efectivamente presentes en todos los casos —aunque sea de forma soterrada (*subterraneously*)—, estarán marcadamente limitados por la necesidad de regularidad al nivel de los resultados de un sistema jurídico funcional”.⁹⁸⁹ Esto significa que los desacuerdos teóricos de los jueces en cualquier sistema jurídico viable están subordinados no sólo a las capas profundas de la regla de reconocimiento, sino también a las presiones para que exista una regularidad en la aplicación detallada del derecho. En otras palabras, la aceptación de la regla de reconocimiento —elemento clave en el modelo positivista de derecho— por parte de los funcionarios que suscriben su criterio supremo, y convergen generalmente en sus implicaciones concretas, implica que sus desacuerdos sobre un número de criterios subor-

(*adjudicatory content*) no es en sí mismo el contenido del derecho; y debido a que no hay una teoría del contenido del derecho sin una teoría del derecho no se puede derivar una teoría del derecho de una teoría del contenido de la adjudicación del derecho. De esta forma, si no se puede derivar una teoría del contenido del derecho de una teoría del contenido de la adjudicación, no se puede derivar una visión de lo que son los estándares jurídicos obligatorios de la teoría dworkiniana del contenido. *Cfr. ibidem*, pp. 158-168. Una interpretación más moderada de la teoría de Dworkin, a la que no puede oponérsele esta crítica, es la presentada por Himma. Sin embargo, para este autor, esta posible interpretación de la teoría dworkiniana no deja de ser problemática. *Cfr. Himma, K., “Substance and Method in Conceptual Jurisprudence and Legal Theory”, Virginia Law Review, cit.*, nota 657, pp. 1192-1196.

987 *Cfr. POP*, p. 173.

988 *Cfr. Kramer, M., “Coming to Grips with the Law: In Defense of Positive Legal Positivism”, Legal Theory*, 5, 1999, pp. 173-178.

989 *Ibidem*, p. 200.

dinados no niega la aceptación de la regla de reconocimiento como es descrita por los positivistas. Esto se debe a que esos desacuerdos son consistentes con la unidad y la sustancialidad de un sistema jurídico.⁹⁹⁰ En tercer lugar, Kramer se ocupa de la distinción entre convergencia de comportamiento y convergencia por convicción que Dworkin propone, y por medio de la cual, sostiene que la actitud de los funcionarios se entiende mejor como una cuestión de convicción que de convención.⁹⁹¹ Contra esto Kramer afirma que Dworkin sostiene equivocadamente que las convenciones son necesariamente estáticas. Para Kramer, es cierto que los sistemas jurídicos americano e inglés son relativamente dinámicos y que los sistemas jurídicos deben tener una forma de adaptabilidad. Sin embargo, según este autor, las prácticas convencionales sirven de plataforma de inicio para cambios. Por esto, el dinamismo puede encontrarse en las convenciones. En definitiva, para Kramer, “Dworkin falla al pensar que las convenciones jurídicas deben ser estáticas y que la práctica adjudicativa americana sólo puede basarse en convicciones y no en convenciones”.⁹⁹²

En algunos trabajos recientes, Himma ofrece una defensa de la tesis convencionalista positivista contra el argumento dworkiniano relativo al desacuerdo sobre los criterios de validez. En “Ambiguously Stung: Dworkin’s Semantic Sting Reconfigured”, Himma sostiene que el problema de la crítica de Dworkin contra la tesis de la convencionalidad es que considera que la afirmación de que las bases del derecho se agotan con criterios convencionales —o compartidos— de validez, implica que estos criterios de validez deben ser completos —es decir, únicamente estos criterios determinan la respuesta correcta para toda cuestión sobre la validez de una norma— y transparentes —es decir, esta respuesta siempre será clara para los funcionarios competentes—. A su juicio, Dworkin se equivoca al presentar de este modo la tesis de la convencionalidad. De hecho, observa que la visión de Hart sobre la textura abierta del lenguaje sugiere que inevitablemente existirán lagunas en los criterios de validez. Para Himma, la tesis de la convencionalidad sólo sostiene que: “[e]s una

990 *Ibidem*, pp. 179-184.

991 *Cfr. supra*, capítulo segundo, epígrafe II.3.

992 Kramer, M., “Coming to Grips with the Law: In Defense of Positive Legal Positivism”, *Legal Theory*, *cit.*, nota 988, p. 200.

verdad conceptual que no hay criterios de validez no convencionales".⁹⁹³ Es decir, esta tesis sólo afirma que es conceptualmente verdadero que toda norma jurídica es válida en virtud de satisfacer ciertos criterios convencionales de validez, lo que es absolutamente compatible con la idea de que hay lagunas en el derecho, con el hecho de que los requerimientos del derecho pueden ser difíciles de discernir y con la existencia de un desacuerdo considerable sobre los comportamientos permitidos en un sistema jurídico. En definitiva, sostiene que no hay nada en la tesis de la convencionalidad —construida de una forma amplia— que conceptualmente excluya los desacuerdos fundamentales sobre las bases del derecho.⁹⁹⁴

Para finalizar, Himma advierte que esta crítica de Dworkin se basa en que existen casos como, *Riggs vs. Palmer*, en los que se pueden observar desacuerdos fundamentales sobre las bases del derecho. Para Himma, esta crítica de Dworkin falla —aunque sea en parte— porque ha confundido los desacuerdos que ocurren en casos como *Riggs*. En concreto, sostiene que el caso que Dworkin propone como ejemplo paradigmático de un desacuerdo fundamental sobre las bases del derecho no implica este tipo de disputa. A su juicio, en *Riggs* —como en otros casos— los jueces están de acuerdo sobre el criterio de validez jurídica, aunque no estén de acuerdo sobre si deben o no aplicar una norma en concreto. Para Himma, esto puede observarse en el hecho de que los jueces están de acuerdo sobre la autoridad del Poder Legislativo y de los tribunales para crear normas. Hecha esta aclaración, observa que los casos como *Riggs* envuelven disputas sobre lo que los tribunales *deben hacer*, y no sobre lo que los jueces *pueden hacer*. Las disputas sobre lo que los tribunales *deben hacer* son disputas sobre el papel moralmente legítimo de los tribunales y no disputas sobre el criterio de validez jurídica. En síntesis, para Himma,

993 Cfr. Himma, K., "Ambiguously Stung: Dworkin's Semantic Sting Reconfigured", *Legal Theory*, 8, 2002, p. 171.

994 Cfr. *ibidem*, pp. 170-174. Himma toma de Dworkin la distinción entre desacuerdos fundamentales (*pivotal disagreement*) y desacuerdos sobre casos dudosos (*borderline disagreement*). Los desacuerdos sobre casos dudosos son desacuerdos sobre cómo aplicar un concepto a un caso en zona de penumbra, mientras que los desacuerdos fundamentales sobre esos criterios son desacuerdos sobre cómo aplicar un concepto a casos que supuestamente caen dentro de su significado central. Cfr. *II*, p. 44. Sin embargo, como esta distinción no es precisada por Dworkin, Himma define a este tipo de desacuerdo del siguiente modo: un desacuerdo es fundamental cuando es un desacuerdo sobre el significado central de un estándar y cuando ese desacuerdo implica que no haya acuerdo sobre su autoridad jurídica. Cfr. Himma, K., "Ambiguously Stung: Dworkin's Semantic Sting Reconfigured", *Legal Theory*, cit., nota 981, p. 154.

Dworkin no logra presentar ejemplos de desacuerdos fundamentales entre los jueces. A su juicio, esto se debe a que este tipo desacuerdos entre los jueces es extremadamente excepcional, y no son lo suficientemente numerosos para poner en duda la tesis de la convencionalidad.⁹⁹⁵

En línea con estas argumentaciones, en sus últimos trabajos Himma se propone demostrar que los supuestos desacuerdos fundamentales que existen entre los funcionarios norteamericanos en los casos en los que se debaten cuestiones constitucionales no implican realmente desacuerdos sobre el criterio de validez jurídica. Para Himma, la crítica de Dworkin contra la tesis de la convencionalidad asume incorrectamente que bajo la tesis de la convencionalidad el criterio de validez en Estados Unidos incorpora directamente las normas sustantivas de la Constitución.⁹⁹⁶ En definitiva, niega la relación entre la Constitución de Estados Unidos y el criterio de validez, y sostiene que la afirmación de que las normas de esta Constitución definen directamente el criterio de validez no puede ser reconciliada con el hecho empírico de que las prácticas jurídicas convencionales proveen a la Corte Suprema la autoridad final para decidir si una norma correctamente proclamada es jurídicamente válida.⁹⁹⁷

Para defender esta idea, Himma observa que la tesis de la convencionalidad de Hart implica que la identificación del criterio de validez es empírica en dos aspectos: (1) el único modo de identificar el contenido del criterio de validez es el empírico, porque dicho contenido está determinado por prácticas sociales empíricas; y (2) el criterio de validez depende de hechos empíricos sobre cómo los funcionarios tratan y reconocen el derecho. Así, al ser un hecho empírico de la práctica jurídica de Estados Unidos que su Corte Suprema tiene discrecionalidad para deci-

995 *Ibidem*, pp. 174-183.

996 Cfr. Himma, K., “The Conventionality Thesis, the U.S. Constitution, and Dworkin’s Semantic Sting”, *First Annual Hawaii International Conference of Arts and Sciences* (2003), en <http://www.hichumanities.org/AHproceedings/Kenneth%20Einar%20Himma.pdf>, pp. 1-17.

997 Cfr. Himma, K., “Making Sense of Constitutional Disagreement: Legal Positivism, the Bill of Rights, and the Conventional Rule of Recognition in the United States”, *Journal of Law in Society*, 4, 2003, p. 150. Esta afirmación parece ser contraria al argumento que sostiene que el ILP provee un mejor marco para comprender qué papel tienen los principios morales en las modernas constituciones y en la toma de decisión de los jueces. De hecho, Himma considera que el marco que ofrece el ILP no ayuda especialmente a comprender la práctica jurídica de los sistemas jurídicos desarrollados. Cfr. Himma, K., “Final Authority to Bind with Moral Mistakes: On the Explanatory Potential of Inclusive Legal Positivism”, *Law and Philosophy*, 24, 2005, pp. 1-45.

dir si una norma es o no válida, una adecuada formulación de su criterio de validez debe tener en cuenta de algún modo esta facultad de este tribunal.⁹⁹⁸

Esta idea, sin embargo, puede dar a entender que el criterio de validez en Estados Unidos expresa que una norma es válida si y sólo si es conforme con la decisión discrecional que tome la Corte Suprema sobre las garantías sustantivas de la Constitución.⁹⁹⁹ A juicio de Himma, esto es falso. Para este autor, la discrecionalidad de la Corte está limitada por lo que otros funcionarios están preparados a aceptar de la Corte sobre las decisiones relativas a la validez jurídica de las normas. De esta forma, la práctica de los funcionarios determina el rango de interpretaciones viables de la Constitución.¹⁰⁰⁰ Sin embargo, aclara que en general los funcionarios de Estados Unidos siempre, o casi siempre, tratan las decisiones de la Corte Suprema relativas a la validez jurídica de las normas como estableciendo lo que es jurídicamente válido. Esto es así porque un rechazo por parte de otros funcionarios a decisiones de la Corte Suprema de este tipo puede generar consecuencias muy graves sobre los elementos económicos, psicológicos y militares, constitutivos del bienestar nacional.¹⁰⁰¹ Además, para Himma, la autoridad final de la Corte Suprema también puede estar limitada internamente. Así, después de probar diferentes posibilidades, defiende una formulación del criterio de validez que sostiene que una norma debidamente promulgada es válida si y sólo si no es contraria a lo que la Corte Suprema toma como la mejor interpretación de las protecciones sustantivas de la Constitución.¹⁰⁰² Esta formulación, a juicio de Himma, logra reconciliar el hecho de que las decisiones de la Corte Suprema son obligatorias, sean o no correctas, con el hecho de que este tribunal está obligado por la mejor interpretación moral de la Constitución.¹⁰⁰³ Para Himma, esta obligación es un límite en el poder de la Corte Suprema, porque si dicho tribunal decide un caso sin hacer un esfuerzo, aunque sea aparente, por decidir conforme a la mejor interpretación de la Constitución, esta decisión no será apoyada por el resto de los

998 Cfr. Himma, K., "Making Sense of Constitutional Disagreement: Legal Positivism, the Bill of Rights, and the Conventional Rule of Recognition in the United States", *Journal of Law in Society*, cit., nota 997, p. 158.

999 *Ibidem*, p. 165.

1000 *Ibidem*, p. 166.

1001 *Ibidem*, p. 175.

1002 *Ibidem*, p. 186.

1003 *Ibidem*, p. 188.

funcionarios. Por último, observa que una explicación como la que propone capta lo indiscutiblemente verdadero de teorías como la de Dworkin y la de los realistas como Gray. En definitiva, para Himma, “si el positivismo es correcto, entonces una correcta descripción del criterio de validez relevante debe tener en cuenta tanto el hecho de que la Corte Suprema tiene cierta autoridad discrecional para configurar el contenido de la Constitución, como el hecho de que esta autoridad tiene límites”.¹⁰⁰⁴

En definitiva, para Himma, “si la tesis de la convencionalidad es cierta, entonces Dworkin se equivoca al pensar que los casos constitucionales difíciles se caracterizan por implicar desacuerdos fundamentales sobre el criterio de validez de Estados Unidos”.¹⁰⁰⁵ Además, si se asume que la tesis de la convencionalidad es cierta, existen muy pocos casos —si los hay— en los que puede haber desacuerdo sobre la autoridad del Congreso para proclamar normas o sobre la autoridad de la Corte Suprema para revisar la constitucionalidad de esas normas. Por estas razones, el argumento de Dworkin no alcanza a refutar la tesis de la convencionalidad.¹⁰⁰⁶

Por último, Himma analiza el argumento de Dworkin que sugiere que el positivismo se equivoca porque su caracterización del desacuerdo que surge en la Corte Suprema en los casos constitucionales difíciles es contraria a la comprensión que los jueces tienen de ese desacuerdo. Contra este argumento Himma afirma que: (1) No hay nada en el corazón del positivismo jurídico que requiera que los positivistas caractericen el desacuerdo en los casos difíciles como desacuerdo sobre cómo debe ser el derecho. Si bien Hart creía que los casos difíciles implican lagunas y que éstas sólo se resuelven creando nuevo derecho, Himma sostiene que esta afirmación de Hart no está relacionada con las afirmaciones centrales de su positivismo, expresadas en su tesis de la convencionalidad.¹⁰⁰⁷ Para

1004 *Ibidem*, p. 189.

1005 Cfr. Himma, K., “The Conventionality Thesis, the U.S. Constitution, and Dworkin’s Semantic Sting”, *cit.*, nota 996, p. 17.

1006 *Idem*.

1007 De hecho, en “Judicial Discretion and the Concept of Law”, Himma sostiene que resulta incorrecta la afirmación que sugiere que la tesis de la discrecionalidad judicial es una tesis conceptual que forma parte del corazón teórico del positivismo jurídico. A su juicio, algunos autores afirman que el centro teórico del positivismo consiste en tres tesis sobre la naturaleza del derecho: la tesis de la separabilidad, que niega la existencia de límites morales necesarios en el contenido del derecho; la tesis del pedigrí, que articula condiciones necesarias y suficientes para la validez jurídica debiendo aclarar cómo y por

Himma, nada en la afirmación de que el derecho es un artefacto social construido por sus aceptantes compromete a los positivistas con la afirmación de que las lagunas jurídicas son una consecuencia inevitable de los términos generales. A su juicio, tanto un positivista como un antipositivista pueden admitir que las lagunas pueden ser zanjadas con un principio que requiera a la Corte Suprema que interprete el lenguaje de modo tal que muestre el derecho bajo su mejor iluminación moral.¹⁰⁰⁸ (2) Las críticas de Dworkin cargan demasiado peso sobre la comprensión conceptual que los jueces tienen de su propia actividad, ya que los jueces pueden confundirse en cómo caracterizar un desacuerdo por estar demasiado preocupados por cuestiones prácticas y no tanto por cuestiones conceptuales o teóricas.¹⁰⁰⁹

Para finalizar el análisis sobre el problema que supone el argumento de la controversia para la tesis de la convencionalidad y la cuestión de si puede haber convención aunque haya controversia sobre su contenido, se observará la distinción que Bayón propone entre convencionalismo superficial y convencionalismo profundo.

Para el convencionalismo superficial sólo existe una regla compartida —una regla social— cuando hay acuerdo explícito por parte de la comunidad de referencia acerca del conjunto de sus aplicaciones correctas. Más allá de esto, no habría acuerdo. El problema de esta versión es que no deja espacio para el error sobre la extensión de una regla social o para

quién el derecho es promulgado; y la tesis de la discrecionalidad, que sugiere que los jueces deciden los casos difíciles haciendo derecho nuevo. Como se ha anticipado, para Himma, esta creencia es falsa. A juicio de este autor, la tesis de la discrecionalidad, construida como una afirmación aplicable a todos los sistemas jurídicos posibles, es inconsistente con la tesis del pedigrí, porque esta tesis —por ejemplo en su versión hartiana relacionada con su regla de reconocimiento— si bien prevee mecanismos de delegación de poder, no parece implicar que se tenga que delegar esa autoridad necesariamente. Además, si se construye esta tesis como una afirmación que es cierta en algunos los sistemas jurídicos, pero no en todos los posibles, dicha tesis hace un tipo de afirmación fundamentalmente distinta que aquellas hechas por las tesis del pedigrí y de la separabilidad y, por esto, no debe ser pensada como parte de la teoría positivista del derecho. *Cfr.* Himma, K., “Judicial Discretion and the Concept of Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 19, núm. 1, 1999, pp 71-82.

1008 *Cfr.* Himma, K., “Making Sense of Constitutional Disagreement: Legal Positivism, the Bill of Rights, and the Conventional Rule of Recognition in the United States”, *Journal of Law in Society*, cit., nota 997, p. 215.

1009 *Ibidem*, p. 216.

desacuerdos genuinos sobre lo que exige una regla social en un caso controvertido.¹⁰¹⁰

Como este tipo de convencionalismo parece que simplifica en exceso la cuestión, Bayón presenta otra alternativa. A su juicio, la existencia de cualquier práctica social normativa —incluidas las reglas que gobiernan el uso del lenguaje— requiere criterios de corrección compartidos. Sin embargo, para poder afirmar que una comunidad comparte efectivamente estos criterios de corrección no es necesario que cada uno —y ni siquiera alguno— de sus miembros sea capaz de articular exhaustivamente estos criterios. Esto, a juicio de Bayón, permitiría abrir una nueva forma de entender la objetividad de los hechos convencionales, que denomina “convencionalismo profundo”. Este tipo de convencionalismo sostiene que la existencia de criterios públicos se exhibe en el acuerdo sobre ciertos casos paradigmáticos que se reconocen como aplicaciones correctas de las reglas. De esta forma, el reconocimiento de estos casos implica dominar una técnica de uso, que no requiere más que el conocimiento tácito de los criterios de corrección, por lo que no tienen que resultarle perfectamente transparentes para quienes los usan. Así, lo que define como correcto el criterio no es el acuerdo explícito sobre su aplicación en casos concretos, “sino el trasfondo de criterios compartidos”.¹⁰¹¹

Este tipo de convencionalismo supone que cuando nos encontramos frente a un caso dudoso, o controvertido, o en zona de penumbra, tiene sentido sostener que los jueces no gozan de discrecionalidad, porque más allá de los acuerdos explícitos existen o subyacen criterios tácitos de corrección de los mismos.¹⁰¹² Si todo esto es correcto, Bayón busca desvelar cómo se accede a los criterios profundos, o qué clase de epistemología necesita el convencionalismo profundo. Para este autor, el razonamiento ha de ser de naturaleza holista, partiendo de lo que a primera vista son casos paradigmáticos, para intentar establecer qué es lo relevante en ellos. Así, se formularía la hipótesis acerca del criterio de aplicación que parece poner de manifiesto la consideración de esos factores como relevantes, para luego volver a considerar otros casos que nos parezcan igualmente claros

¹⁰¹⁰ Cfr. Bayón, J. C., “Derecho, convencionalismo y controversia”, en Navarro, P. E. y Redondo, M. C. (eds.), *La relevancia del derecho: Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, cit., nota 224, pp. 78 y 79.

¹⁰¹¹ *Ibidem*, p. 79.

¹⁰¹² Cfr. Ródenas, Á. “¿Qué queda del positivismo jurídico?”, *Doxa*, cit., nota 823, p. 431.

a fin de poner a prueba la hipótesis sobre los contornos de nuestros criterios. Para Bayón, esto no es sino “una deliberación en busca de coherencia entre lo que nosotros estamos dispuestos a considerar casos incuestionablemente claros —incluso tras esta clase de filtro— y las mejores hipótesis que podamos elaborar para articular y explicitar los criterios compartidos a la luz de los cuales precisamente los consideramos claros”.¹⁰¹³ En definitiva, Bayón sostiene que hay convenciones interpretativas no vacías, que van más allá de la regla del significado literal, y cuyo contenido no consiste en otorgar discrecionalidad.

Por último, aclara que por complejo y controvertido que pueda ser un razonamiento para establecer el contenido de una convención, éste no ha de ser confundido con un razonamiento moral genuino, cuyo desarrollo no está determinado convencionalmente. Es cierto que a veces los jueces recurren a esta clase de razonamiento, pero ello sucede, a juicio de Bayón, porque las convenciones tienen un límite, y así, para cualquier convencionalista, los límites de las convenciones son los límites del derecho.¹⁰¹⁴

Si bien con este argumento Bayón propone un método para superar algunos problemas de la tesis de la convencionalidad, queda por aclarar que este autor no es un defensor del ILP. De hecho, para este autor, el ILP se enfrenta a un dilema que no logra superar. Para llegar a esta conclusión, analiza las diferentes versiones del ILP observando: (1) la versión del ILP que sugiere que la moral se incorpora al derecho por medio de una regla de reconocimiento simple que establece que se ha de hacer lo que sea moralmente correcto, es un ejemplo de una convención que se autoanula en sentido fuerte. Es decir, la existencia de una regla de reconocimiento de este tipo equivale a una ausencia de convención, porque decirle a la gente que debe actuar según las reglas de conformidad con las cuales debe actuar es no decirles nada.¹⁰¹⁵ (2) La versión del ILP que opta por una regla de reconocimiento compleja, combina dos clases de criterios de pertenencia, uno basado en el contenido o valor de las normas, y otro basado en su fuente. Así, algunas normas pertenecen en virtud de su contenido y otras en virtud de su fuente. Sin embargo, cabe

¹⁰¹³ Bayón, J. C., “Derecho, convencionalismo y controversia”, en Navarro, P. E. y Redondo, M. C. (eds.), *La relevancia del derecho: Ensayos de filosofía jurídica, moral y política, cit.*, nota 224, pp. 80 y 81.

¹⁰¹⁴ *Ibidem*, p. 81.

¹⁰¹⁵ *Ibidem*, p. 71 y n. 54.

pensar en diferentes tipos de reglas de reconocimiento complejas, por ejemplo: (a) una regla de reconocimiento en la cual el criterio basado en el contenido fuese de carácter subsidiario respecto al basado en fuentes. En este caso se admite recurrir a la moral en los casos no regulados por normas basadas en las fuentes. Para Bayón, el problema de esta versión del ILP es que no logra explicar cómo funciona la moral cuando justifica la introducción de excepciones o invalida una norma basada en las fuentes. (b) una regla de reconocimiento en la cual la moral se incorpore como una condición necesaria de validez de una norma.¹⁰¹⁶

Esta última posibilidad es, a juicio de Bayón, la que cuenta con mayor aceptación. Este planteamiento, sin embargo, admite a su vez dos posibilidades. Según la primera, la moral sería en todo caso condición necesaria de validez jurídica, pero además sería en algunos casos condición suficiente. Esta posibilidad se da cuando se considera que los principios morales que invalidan una norma que en principio pertenecía al derecho en virtud de su fuente son simplemente todos los correctos. Por esto, puede decirse que estos principios morales formarían parte del derecho sólo por su contenido y, por lo tanto, la corrección moral sería en el caso de estas normas —pero no del resto— condición suficiente de validez. Para la segunda, en cambio, la corrección moral no es nunca una condición suficiente de la validez jurídica de una norma. De esta forma, los principios morales dependen de alguna manera de su fuente —por ejemplo la Constitución—. Sin embargo, para Bayón, esta es una posición arriesgada para un incorporacionista, porque se parece mucho al ELP —para éste el único criterio de pertenencia al derecho son las fuentes—. Por esto, para distinguirse del ELP, aclara que dada la incorporación de un precepto moral por una fuente, hay dos formas de identificar el contenido de este precepto: así, o bien depende de las creencias compartidas de una comunidad correspondiente, con un núcleo claro y una zona penumbra, lo que para Bayón implica identificarse definitivamente con el ELP; o bien depende de lo que es correcto. De todo esto, Bayón concluye que el ILP no puede renunciar a una regla de reconocimiento compleja, porque en caso contrario desembocaría o bien en una convención que se autoanula, o bien en el ELP. Además, el ILP debe elegir una versión —entre las que quedan— que no admita sólo subsidiariamente que algunas normas formen parte del derecho por razón de su contenido, para po-

1016 *Ibidem*, p. 71 y 72.

der explicar cómo opera de hecho la moral como límite de validez de algunas normas.¹⁰¹⁷

Llegado hasta este punto, Bayón afirma que “cualquier forma genuina de positivismo incluyente se enfrenta a un dilema”.¹⁰¹⁸ Para fundamentar esta afirmación, sostiene que afirmar que las normas que dependen de su contenido son derecho preexistente implica que estas han de poseer alguna clase de objetividad, sea porque su existencia es convencional o porque se acepta alguna clase de objetivismo moral —asunto altamente cuestionable—. Por lo tanto, para Bayón, la pretensión del ILP de ser diferente al ELP y seguir siendo fiel al convencionalismo, “se asienta sobre la idea de una convención de seguir criterios no convencionales, y resulta insostenible sin ella”.¹⁰¹⁹ Esto, para Bayón, resulta inadmisible por razones conceptuales, ya que, o bien se admite que existen acuerdos sobre el contenido de los criterios y entonces no es cierto que estos criterios sean no convencionales; o bien no existen dichos acuerdos, y entonces no hay práctica social convergente alguna y por tanto no hay en realidad regla convencional. Ahora bien, si, como se ha visto, la idea de una convención de seguir criterios no convencionales resulta inaceptable por razones conceptuales, el ILP se enfrenta al dilema: o abandona el convencionalismo o abandona la pretensión de diferenciarse del ELP. En suma, para Bayón, “una presunta convención de seguir criterios no convencionales o bien es una convención sólo aparente, o bien su contenido en realidad no es seguir criterios no convencionales”.¹⁰²⁰

B. Aclaraciones de Dworkin

Más de treinta años después de haber presentado su primera crítica contra el positivismo jurídico, Dworkin presenta, en “Thirty Years On”, una nueva crítica contra el incorporacionismo de Coleman. En concreto, y como se ha adelantado, Dworkin se ocupa de la tesis de la convencionalidad de Coleman. Con este propósito, se centra en las dos estrategias que, a su juicio, Coleman desarrolla para defender su convencionalismo. La primera de éstas es la que distingue entre el desacuerdo sobre el contenido de una convención, es decir, sobre lo que las reglas de la convención afirman, y el

¹⁰¹⁷ *Ibidem*, pp. 72 y 73.

¹⁰¹⁸ *Ibidem*, p. 73.

¹⁰¹⁹ *Ibidem*, p. 74.

¹⁰²⁰ *Ibidem*, p. 75.

desacuerdo sobre cómo se aplica una regla particular a un caso particular. Dworkin observa que para Coleman puede haber acuerdo sobre lo que son las reglas de una convención, sin estar de acuerdo sobre la aplicación de las mismas. Esto implica, según Coleman, que para que haya convención, los jueces no pueden estar sistemáticamente en desacuerdo sobre lo que son las reglas. Sin embargo, para este autor, el desacuerdo judicial, incluso cuando tiene una dimensión moral, no es sobre lo que son las reglas —o sobre su contenido— sino sobre cómo aplicarlas.¹⁰²¹

Un problema para Dworkin, es que, si bien en algunos casos esta distinción entre contenido y aplicación es clara, en otros no lo es tanto. Así, se presenta un caso hipotético en el que los jueces, por convención, deciden guiarse por las decisiones que los tribunales superiores han decidido en el pasado, pero no están de acuerdo en si deben seguir sus propias decisiones del pasado. Para Dworkin, es natural que se piense que entre los jueces no existe convención alguna en lo que respecta a qué deben hacer con sus propios precedentes. Sin embargo, existe la posibilidad de evitar esta conclusión y clasificar este desacuerdo como un problema sobre la correcta aplicación de la convención. Esto es lo que Dworkin denomina la estrategia de la abstracción. Esta estrategia consiste en redescribir una convención en términos morales abstractos. Así, se puede decir que se comparte una convención que manda que se sigan los precedentes en circunstancias en que esto sea “correcto” o “deseable”, y que sólo existe desacuerdo sobre la correcta aplicación de la convención un poco más abstracta. De esta forma, “podemos utilizar esta estrategia para convertir algún desacuerdo que algún grupo pueda tener sobre un estándar que debería regular su comportamiento, en un supuesto desacuerdo sobre la aplicación de algunas convenciones morales más abstractas que compar-ten”.¹⁰²²

Una vez expuesta la estrategia de Coleman para defender su afirmación de que el derecho se basa en convenciones, Dworkin afirma que este argumento trivializa el positivismo jurídico por lo menos de tres maneras: (1) Al no existir un límite sobre la abstracción de una convención que se le pueda atribuir a los juristas, es posible utilizar esta estrategia para hacer que toda práctica jurídica sea convencional, sin importar cuánto parezca desafiar los requerimientos del positivismo tradicional.

1021 Cfr. Dworkin, R., “Thirty Years On”, *Harvard Law Review*, cit., nota 959, pp. 1658 y 1659.

1022 *Ibidem*, p. 1659.

De esta forma, podría imaginarse una comunidad en la cual los jueces sólo estén de acuerdo en decidir los casos “correctamente” o de forma “justa” y, de acuerdo con la estrategia de la abstracción, estos jueces utilizan un test positivista, porque comparten una regla de reconocimiento convencional. (2) Si se acepta esta estrategia, el positivismo ya no puede decir qué es lo distintivo del derecho y del razonamiento jurídico, porque se podrá fácilmente considerar cualquier práctica moral de una comunidad como si descansase en una convención de este tipo. (3) Esta estrategia vacía la idea de convención.¹⁰²³ Una convención existe sólo cuando una persona actúa de una manera porque otros actúan de esa misma manera. Por esto, no es correcto pensar que la convicción de un juez de que debe resolver correctamente depende del comportamiento convergente de otros jueces, porque un juez piensa que debe decidir de esta forma más allá de lo que otros piensen. Si bien para Dworkin esta crítica es acertada, observa que Coleman podría replicar que la estrategia de la abstracción no requiere que se les atribuyan a las convenciones de los jueces y juristas abstracciones del tipo que se han descrito. Quizás, para Coleman, sólo se deba subir un primer escalón en la abstracción. Sin embargo, a juicio de Dworkin, si cualquier disputa particular sobre el estándar adecuado para identificar el derecho puede ser vista como una disputa sobre la correcta aplicación de una convención más abstracta, no hay manera de limitar el grado de abstracción.¹⁰²⁴

La segunda estrategia elegida por Coleman para defender su tesis de la convencionalidad sostiene, según Dworkin, que el derecho descansa en una convención no porque los funcionarios acepten una regla de reconocimiento, sino porque los funcionarios aceptan que su empresa o función es de tipo cooperativa —SCA—. Al respecto, Dworkin señala cómo Coleman presenta su nueva defensa de la tesis de la convencionalidad, basándola en dos ideas. La primera, afirma que las SCA se encuentran necesariamente enraizadas en una convención, y la segunda, que las prácticas jurídicas necesariamente constituyen una SCA.¹⁰²⁵

¹⁰²³ Para Smith, si los jueces no están de acuerdo sobre las demandas de la moral, no comparten el concepto de moral. Si esto es así, entonces no comparten una regla en realidad. Smith, D., “Authority, Meaning and Inclusive Legal Positivism”, *cit.*, nota 637, p. 804.

¹⁰²⁴ Cfr. Dworkin, R., “Thirty Years On”, *Harvard Law Review*, *cit.*, nota 959, pp. 1660 y 1661.

¹⁰²⁵ *Ibidem*, p. 1661.

Para Dworkin, esta argumentación no es satisfactoria por diferentes razones: (1) Los ejemplos que Coleman propone de actividades que exhiben las características asignadas a una SCA —como hablar, caminar o construir una casa juntos— no constituyen convenciones en modo alguno. Las convenciones no necesitan —aunque pueden— jugar un papel en estos procesos. Estas actividades compartidas pueden realizarse sin una convención que las gobierne. Por ejemplo, al construirse una casa, cada parte puede juzgar lo que le corresponde hacer en cada momento sin la guía de una convención constituida por el antiguo o esperado comportamiento de otras personas. (2) Además, difícilmente es una necesidad conceptual que los actores de procesos jurídicos de cualquier país exhiban la mezcla de actitudes que Coleman enumera al definir una SCA. Para Dworkin, esto puede observarse claramente en el comportamiento y la intención de los jueces norteamericanos. Así, recuerda que algunos jueces esperan —contra décadas de derecho constitucional— poder incrementar el poder de los estados frente al gobierno nacional; en cambio, otros esperan lo contrario. A su vez, están quienes esperan hacer del derecho un instrumento eficaz para asegurar la prosperidad nacional, mientras que otros esperan socorrer la pobreza. En definitiva, para Dworkin los “jueces norteamericanos están más divididos que unidos por estas ambiciones. Ellos pasean o construyen sus casas solos o en grupos, pero no todos juntos”.¹⁰²⁶

Un último argumento de Coleman para sostener su tesis de la convención profundiza sobre la relación entre una convención y las reglas que fija (*fix*). Este argumento sostiene que Dworkin se equivoca al afirmar

1026 *Ibidem*, p. 1663. Una crítica parecida a la de Dworkin puede verse en D. Smith, “Authority, Meaning and Inclusive Legal Positivism”, *cit.*, nota 637, pp. 806-808. En este mismo sentido, Celano critica la idea de Coleman de que la regla de reconocimiento es una convención formada por una SCA. Con esta finalidad, advierte que no es real que exista de forma conceptual una armonía entre los funcionarios como la que sugiere una SCA. Aún más, considera que este tipo de armonía no existe ni siquiera de hecho entre los funcionarios. De esta forma, Celano afirma que Coleman se enfrenta a un dilema: o acepta una noción fuerte de SCA para caracterizar el tipo de convención que forma la regla de reconocimiento, que como se ha observado no parece darse en la realidad; o adopta una noción más débil de la convencionalidad de la regla de reconocimiento que pueda darse de hecho y de forma conceptual en la realidad, pero que resulta vacua o sin interés. Además, para Celano la explicación que Coleman ofrece sobre la obligación que generan las SCA asume como algo obvio el principio moral que impone el respeto de los acuerdos asumidos y de las expectativas generadas. Esta argumentación, a su juicio, no puede formar parte de un análisis positivista del derecho. *Cfr.* Celano, B., “La regola di riconoscimento è una convenzione?”, *Ragion Practica*, 21, 2003, pp. 353-356.

que la convergencia de comportamiento que constituye una convención determina completamente el contenido de la regla que la convención fija. No obstante, para Dworkin, este argumento falla porque confunde dos afirmaciones diferentes, una de las cuales realmente sostuvo —y a su juicio es correcta— y otra que no —y a su juicio es falsa—. La primera —que Dworkin alega sí haber sostenido— afirma que una comunidad no tiene una regla convencional que requiera un comportamiento específico salvo que la mayoría de la gente de una comunidad exhiba ese comportamiento. Para Dworkin, esta es la afirmación que necesita para fundamentar su visión de que si los jueces están en desacuerdo de forma fundamental sobre el criterio para identificar el derecho válido, entonces no comparten una convención sobre el criterio para identificar el derecho. La segunda —que Dworkin considera no haber afirmado nunca— sostiene que es suficiente para que una convención fije una regla particular que muestre que hay un comportamiento convergente consistente con esa regla. En definitiva, para Dworkin, este argumento de Coleman, tomado de Wittgenstein, no afecta su crítica a la tesis de la convencionalidad porque sólo muestra que la segunda afirmación —que considera nunca haber afirmado— es falsa. De hecho, para Dworkin, cuando Coleman defiende este argumento parece conceder lo que luego necesita rechazar: que para compartir una regla es necesario, como mínimo, una comprensión compartida de lo que la regla de hecho requiere en los casos fácticos especificados.¹⁰²⁷

En síntesis, para Dworkin la versión del positivismo jurídico de Coleman queda mejor descrita como antipositivista, porque huye completamente de la herencia filosófica que busca defender, cubriendo su retirada con la tesis que sugiere que sigue siendo cierto el principio cardinal del positivismo que afirma que el derecho es una cuestión de convención. Sin embargo, para Dworkin, el uso que Coleman le da a la idea de convención “convierte su victoria en derrota”.¹⁰²⁸

C. Convencionalismo, teorías semánticas y conceptos morales

Del problema que genera el argumento de la controversia para el positivismo jurídico y la vinculación que puede tener este argumento con el

¹⁰²⁷ Cfr. Dworkin, R., “Thirty Years On”, *Harvard Law Review*, cit., nota 959, pp. 1663-1165.

¹⁰²⁸ *Ibidem*, p. 1665.

agujón semántico, se pueden observar las dificultades que genera la posición semántica —que vincula significado con acuerdo— para ajustarse al juego del lenguaje jurídico y para explicar la forma en que se usa el lenguaje constitucional. Esta dificultad es reconocida por varios autores que buscan superar estos problemas ofreciendo diferentes formas de acercamiento a la relación entre significado y desacuerdo. Debido a que esta cuestión roza tangencialmente el objetivo de este trabajo, la exposición que sigue no entrará en detalles importantes, pero ahora innecesarios.

Sobre esta cuestión, Iglesias ha descrito cuatro posiciones diferentes, una de las cuales constituye su propia propuesta.¹⁰²⁹ La primera es la “semántica criteriológica”. Esta posición sostiene que los criterios explícitos que se comparten en una comunidad lingüística determinan el uso correcto de las palabras. Así, una controversia generalizada en torno a cómo debe ser usado un término en una ocasión particular, manifiesta un desacuerdo en los criterios, lo que conduce a la indeterminación semántica. Además, un desacuerdo sobre cuáles son los casos paradigmáticos fuertes de uso —es decir, relativo a los criterios que se derivan de esos paradigmas— conduce a la ausencia de respuesta correcta y, por lo tanto, a la discrecionalidad fuerte. De esta forma, una controversia sobre los paradigmas sólo puede surgir cuando hay disparidad de criterios, es decir, indeterminación.¹⁰³⁰

La segunda posición es el “convencionalismo profundo”. Como esta teoría ya ha sido en parte expuesta, solamente se observarán ahora algunas cuestiones. Esta concepción asocia significado con criterios compartidos de uso, pero advierte que estos criterios no son siempre transparentes para sus usuarios. Esta respuesta al agujón semántico tiene dos rasgos fundamentales. Por un lado, es una tesis no individualista, porque para conocer un concepto o término se debe tener al menos un conocimiento de un criterio común. Por el otro, se afirma que el conocimiento de aquello que se comparte no tiene por qué ser completo. Esto implica que se puede aplicar un concepto con acierto a algunos casos sin poseer

¹⁰²⁹ Resulta importante aclarar que Iglesias sólo toma en consideración aquellas propuestas semánticas que relacionan el significado con los usuarios de un lenguaje y con la práctica social en la que están inmersos, quedando excluida la semántica que vincula el significado con algo externo e independiente de los usuarios y de sus prácticas de uso. *Cfr.* Iglesias Vila, M., “Discreción judicial y positivismo jurídico. Los criterios sustantivos de validez”, *cit.*, nota 856, pp. 238-252.

¹⁰³⁰ *Ibidem*, pp. 240-242.

una completa comprensión de los criterios que gobiernan su aplicación.¹⁰³¹ En definitiva, un convencionalismo profundo sostiene que las convenciones van más allá de los acuerdos explícitos.

La tercera posibilidad sería la “teoría paradigmática”. Esta teoría puede ser vista como un intento de suavizar la relación entre significado y criterios compartidos que las teorías anteriores defienden. Para superar las dificultades que pueden aquejar a las concepciones anteriores, se rechaza aquí que sea necesario que coincidan las explicaciones y las caracterizaciones de los conceptos para estar en un contexto de determinación semántica. Así, el significado se reduce a un conjunto de paradigmas compartidos. Sin embargo, si hay desacuerdo en cuáles son los paradigmas hay indeterminación semántica.¹⁰³²

Debido a que, a juicio de Iglesias, las versiones semánticas anteriores son muy rígidas y no permiten que los términos evolucionen, o generan indeterminación por simples disidencias, o bien son demasiado simples para dar cuenta de la asignación de significado y de la mejor caracterización de normas que contienen predicados morales, es necesaria una nueva concepción semántica. Con esta finalidad, esta autora presenta la “semántica interpretativa”. Esta alternativa asume que la asignación de significado es correcta cuando es el producto de la mejor teoría acerca del concepto interpretativo. Eso se logra haciendo una lectura semántica de la teoría constructiva de Dworkin. No obstante, Iglesias aclara que su versión semántica no implica que no exista un contexto para la indeterminación semántica y para la discrecionalidad fuerte, cosa que Dworkin rechaza. De hecho, observa que cuando esto se produce, no hay práctica social de uso, aunque aclara que ello no es causa del desacuerdo, sino de los límites de nuestra capacidad argumentativa para interpretar el derecho.¹⁰³³

2. *La continuación del debate metodológico*

En el tercer capítulo de este trabajo se han expuesto las aproximaciones metodológicas al fenómeno jurídico que sugieren tanto Hart como Waluchow. La razón por la que no se expuso en ese lugar la propuesta

1031 *Ibidem*, pp. 242-245.

1032 *Ibidem*, pp. 246-248.

1033 *Ibidem*, pp. 248-252.

de Coleman es que este estudio trata de respetar el orden cronológico en que se suceden los diferentes debates, y también el orden cronológico en el que cada autor presenta los diversos elementos que conforman su pensamiento. En el caso de Coleman se da la particularidad de que sólo varios años después de haber presentado sus principales tesis y argumentaciones, se preocupa por explicar qué tipo de teoría del derecho ha hecho y con qué sentido. En concreto, hasta 1998,¹⁰³⁴ aproximadamente veinte años después de haber publicado sus primeros trabajos en defensa de un positivismo jurídico capaz de incorporar la moral al derecho, Coleman no ha ofrecido las líneas básicas de su aproximación metodológica, y éstas no han sido objeto de un desarrollo mayor hasta 2001.¹⁰³⁵

Como es sabido, las primeras consideraciones metodológicas de Hart se remontan a *The Concept of Law*, y son posteriormente aclaradas en el *Postscript*. En este último lugar, Hart recuerda que su teoría es general y descriptiva, conforme al análisis de un observador externo. Es decir, no se encuentra atada a ningún sistema jurídico o cultura jurídica particular y es moralmente neutral, lo que significa que no posee fines justificativos. En estos aspectos, Hart observa que su teoría es radicalmente diferente de la dworkiniana, que es en parte valorativa, justificativa y diseñada para una cultura jurídica en particular.¹⁰³⁶ Por su parte, en *Inclusive Legal Positivism*, Waluchow hace referencia a su propuesta de aproximación metodológica. Con esta finalidad, Waluchow se empeña en distinguir entre (a) evaluaciones meta-teóricas y consideraciones morales; (b) observar valores —morales— relevantes y ofrecer una justificación moral; (c) intentar hacer una teoría lo mejor posible y hacer del objeto de la teoría el mejor que se pueda; y (d) querer evitar que parezca estúpido lo que hacen quienes se encuentran comprometidos en una práctica que

1034 En “Second Thoughts and Other First Impressions” Coleman esboza una explicación del tipo de teoría del derecho que pretende hacer. *Cfr.* Coleman, “Second Thoughts and Other First Impressions”, en Bix (ed.), *Analyzing...*, *cit.*, nota 323, pp. 258-296.

1035 De 2001 es “Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis”. En este trabajo, Coleman dedica un epígrafe a explicar los proyectos y métodos de la teoría del derecho. *Cfr.* Coleman, J., “Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis”, en Coleman, J. (ed.), *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, *cit.*, nota 576, pp. 105-114. En ese mismo año, también publica *The Practice of Principle*, donde también aborda esta cuestión. *Cfr.* *POP*, pp. 151-217.

1036 *Cfr. supra*, capítulo tercero, epígrafe I.2.

es objeto de estudio y querer justificar moralmente lo que uno observa. Para este autor, una vez aclaradas estas distinciones, una teoría “impura” y descriptiva-explicativa, emerge claramente como una alternativa posible y más deseable que las racionalizaciones moralmente comprometidas representadas por la teoría de Dworkin.¹⁰³⁷

A continuación se estudiará la prolongación del debate metodológico. En esta oportunidad se tendrán especialmente en cuenta las últimas críticas dworkinianas contra la aproximación metodológica de Hart, y las respuestas que Coleman ofrece a las mismas.¹⁰³⁸

A. Críticas de Dworkin y Perry a la metodología de Hart

En su artículo “Hart’s Postscript and Character of Political Philosophy”,¹⁰³⁹ Dworkin reflexiona sobre la réplica que Hart realiza en el *Postscript* contra sus críticas al tipo de aproximación metodológica positivista.

Dworkin considera que la visión de Hart sobre su propia metodología es típica de la filosofía contemporánea. Esta filosofía distingue entre el discurso de primer nivel —el discurso de los no filósofos que reflexionan y argumentan sobre lo que es correcto o equivocado, legal o ilegal, verdadero o falso, bello o mundano—, del meta-discurso de segundo nivel —en el que los conceptos del primer orden son definidos y explorados, clasificados y asignados a categorías filosóficas—. A esta filosofía, Dworkin la denomina “arquimediana” (*archimedean*).¹⁰⁴⁰

Desde esta perspectiva, el tipo de filosofía especializada más común es la “meta-ética”, que estudia el estatus lógico de los juicios valorativos que las personas hacen. Para Dworkin, algunos filósofos meta-éticos sos-

1037 *Cfr. supra*, capítulo tercero, epígrafe II.1.

1038 Un completo repaso del debate metodológico en la Filosofía del derecho anglosajona contemporánea puede verse en Leiter, B., “Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence”, *American Journal of Jurisprudente*, 48, 2003, pp. 17-51.

1039 Este artículo es el fruto de un *working paper* presentado por Dworkin en un coloquio de la Universidad de Nueva York sobre Filosofía jurídica, moral y política, en el que buscó responder punto por punto los argumentos ofrecidos en el *Postscript* de Hart. Sin embargo, varios años después del coloquio, Dworkin publicó este artículo, en el que sólo se hace referencia al método del positivismo jurídico hartiano. *Cfr.* Dworkin, R., “Hart’s Postscript and Character of Political Philosophy”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 24, núm. 1, 2004, pp. 1-37.

1040 *Ibidem*, p. 2.

tienen que estos juicios son verdaderos y falsos. Otros, en cambio, niegan esto y dicen que los juicios morales son expresión de emociones. Pero ambas vertientes sostienen que sus teorías no son juicios de valor. Son teorías conceptuales o descriptivas, es decir, neutrales, filosóficas y no sustantivas o comprometidas. Contra estas teorías, Dworkin afirma que las teorías filosóficas sobre la objetividad o subjetividad de las opiniones morales son inteligibles sólo como juicios morales muy generales o abstractos sobre sí mismos.¹⁰⁴¹

Sin embargo, para Dworkin, la teoría de Hart es más prominente en lo que respecta a la filosofía jurídica o política que a la filosofía moral. El método de Hart parece distinguir entre diferentes niveles de discurso. El de primer nivel, donde se dan los juicios valorativos sustantivos de la gente ordinaria sobre la libertad, el derecho, la igualdad, etcétera; y el discurso de segundo orden, neutral y filosófico, sobre estos ideales. Este discurso busca proveer una concepción de lo que realmente es la libertad, la equidad, la justicia o la democracia de forma neutral.

Para Dworkin, esta versión “arquimediana” es equivocada. Para demostrar esto, argumenta que los conceptos como igualdad, libertad, derecho y otros, son sustantivos, normativos y comprometidos con debates políticos sobre ideales. Ello permite comprender por qué, a su juicio, el intento de Hart por resolver los problemas de la filosofía del derecho de forma puramente descriptiva no es viable. Antes de atacar directamente la teoría de Hart, Dworkin aclara con un ejemplo que sus críticas no pueden ser evadidas simplemente diciendo que la teoría de Hart y la de Dworkin no necesitan estar en oposición porque cada una responde a diferentes preguntas. Para Dworkin, debido a que diferentes casos prácticos pueden ser resueltos de forma diversa si se parte de una teoría como la suya o si se parte de un positivismo *soft* como el de Hart, no puede sostenerse que no existe un verdadero desacuerdo entre estas teorías.¹⁰⁴²

1041 *Ibidem*, pp. 2 y 3.

1042 A modo de ejemplo, Dworkin presenta el caso *Sorenson*. En este caso, una señora —la señora Sorenson— tiene una enfermedad y toma un mismo medicamento o droga, de distintas marcas —elaborado por diferentes laboratorios— durante varios años. Este medicamento, sin contraindicación o advertencia, le produce otra enfermedad. El problema es que a la hora de reclamar una indemnización por este daño, la señora Sorenson no puede demostrar que una de las marcas —de todas las que probó durante esos años— le haya causado de forma concreta el daño que sufre. De hecho, los laboratorios acusados responden que la demanda contradice el conocido principio del derecho de daños que establece que nadie es responsable por un daño que no se haya probado que ha causado.

La visión “arquimediana” considera que conceptos políticos como libertad o democracia revelan prácticas sociales normativas. Sin embargo, en tal visión las cuestiones límite sobre lo que es la democracia son cuestiones conceptuales o descriptivas. Así, si bien estas teorías versan sobre prácticas sociales normativas —este sería el modo ordinario de argumentar sobre estos conceptos—, no se consideran normativas. Para Dworkin, estas afirmaciones poseen dos dificultades: (1) Los argumentos políticos ordinarios normalmente incluyen, no sólo como límite neutral para controversias sustantivas sino como un elemento central en esas controversias, argumentos sobre la verdadera cuestión conceptual que los filósofos estudian. Para Dworkin, los conceptos políticos son conceptos interpretativos de valor. Su descripción es cuestionable, y su controversialidad versa sobre qué tipo de descripción capta o realiza mejor ese valor. Así, el significado descriptivo de éstos no puede despegarse de su fuerza valorativa, porque el primero depende de la segunda.¹⁰⁴³ (2) El término descriptivo es ambiguo. Una práctica social se puede describir desde muchas dimensiones. Por esto, el “arquimediano” debe elegir un sentido preciso de descripción para ser una posición defendible. Así, lo que no puede hacer es afirmar que ninguna forma en que puede usarse la “descripción” le es aplicable.¹⁰⁴⁴ Para Dworkin, esta dificultad llega a su punto culminante cuando nos preguntamos en qué sentido es descriptivo, y no normativo, el intento filosófico de segundo orden de identificar un valor político. Dworkin se pregunta si este proyecto es: (a) un análisis semántico que busca descubrir el criterio que las personas comunes usan cuando utilizan un concepto político; o (b) un proyecto estructural que busca descubrir la esencia verdadera de lo que la gente describe con un concepto de estos —algo así como cuando los científicos buscan identificar la verdadera naturaleza de los tigres con base en su estructura genética—.

Para Dworkin, desde una concepción como la suya, este caso se resolvería buscando la respuesta en los principios que subyacen y justifican al derecho de daños. Por esto, considera que es probable que la demanda de la Señora Sorenson ofrezca la mejor solución a la difícil pregunta acerca de cuál grupo de principios ofrece la mejor justificación para el derecho en ese caso concreto. Sin embargo, a juicio de este autor, Hart diría que debe aplicarse lo establecido por la ley sin mayor referencia a la moral, salvo que el derecho explicitamente permita esto. Por ello, y debido a que ninguna norma o decisión judicial otorga a la moral un papel relevante en casos como el analizado, Hart debería rechazar la demanda de la señora Sorenson. *Cfr. ibidem*, pp. 3-5.

1043 *Ibidem*, pp. 6-9.

1044 *Ibidem*, pp. 6 y 7.

ca o del oro con base en su estructura atómica—; o (c) algún tipo generalización estática, como por ejemplo una regla sobre la naturaleza o el comportamiento humano que pueda explicar los conceptos políticos, o una generalización que intente describir lo que considera la mayoría de la gente cuando se refiere a un concepto político.¹⁰⁴⁵

Para Dworkin, (a) asume que el uso de un concepto político está gobernado por criterios compartidos que determinan sus usos correctos o incorrectos. A su juicio, este tipo de concepción parece acertada para ciertos casos —por ejemplo, para los conceptos físicos, como un artefacto—. No obstante, muchos conceptos —los políticos, entre ellos— no funcionan así. Los criterios compartidos no proporcionan una explicación de los conceptos políticos. Así, si la revisión judicial es o no antide-mocrática, ello no depende de lo que la mayoría piense. Además, en real-idad existe un gran desacuerdo sobre esto. En el caso (b), la atribución correcta de significado a un concepto depende de cierto tipo de hechos sobre el objeto. Esto, para Dworkin, no parece ser extensible para los conceptos políticos. A su juicio, el tipo de análisis filosófico propio de un modelo de investigación científica sobre campos de objetos naturales no parece poder aplicarse a los conceptos políticos. Esto se debe a que, por ejemplo, la libertad no tiene ADN. Si se sigue (c), para descubrir el significado de un concepto como el de “libertad” se observará el pasado, y se verá cómo ha sido utilizada esta palabra. No obstante, según Dwor-kin, este camino otorgaría un concepto no lo suficientemente débil como las afirmaciones de los filósofos políticos, pero demasiado débil para distinguir la filosofía política de la historia social o de la antropología política.¹⁰⁴⁶

Observados los problemas de las concepciones descriptivas para dife-renciar lo que hacen los políticos de lo que hacen los filósofos, Dworkin se pregunta cómo pueden identificarse sus diferencias, y vuelve a plan-tearse si el compromiso de los filósofos es conceptual de un modo que no lo es para los políticos. Esto presupone otra pregunta: ¿cómo un argu-mento normativo puede ser conceptual? Para intentar una respuesta a es-tos interrogantes, Dworkin observa algunas similitudes entre los objetos naturales y los conceptos políticos. Así, señala que ambos son reales y poseen una estructura profunda que explica sus manifestaciones. Sin em-

1045 *Ibidem*, p. 9.

1046 *Ibidem*, pp. 9-12.

bargo, puntuiza que la diferencia es que la estructura profunda de un objeto natural es física, mientras que la de un concepto político es normativa. En definitiva, sostiene que en ambos casos se puede describir esta empresa como conceptual: los físicos ayudan a conocer la esencia del agua y los filósofos la esencia de la libertad. Ahora bien, aclara que “no podemos afirmar acertadamente que un análisis filosófico de un valor es conceptual, neutral y descomprometido. Pero podemos decir acertadamente que es normativo, comprometido, y conceptual”.¹⁰⁴⁷

Para Dworkin, una afirmación conceptual sobre un valor político busca mostrar el valor que hay en éste. Si bien este autor reconoce que se pueden intentar justificaciones instrumentales —como que la democracia es buena porque ayuda a la prosperidad—, considera que con esta justificación no se responde a lo que queremos saber. Por esto, afirma que si se quiere comprender un valor se debe enfrentar la difícil pregunta sobre cómo puede ser identificado el valor integrado en una valoración que puede ser política. Para Dworkin, es posible distinguir entre valores que parecen instrumentales, como por ejemplo el “encanto”, de los que no son instrumentales, como la modestia o los valores políticos. Así, si se quieren comprender mejor los valores integrados no instrumentales, es necesario comprenderlos holística e interpretativamente. Esto significa que se los debe comprender a cada uno a la luz de los demás, organizados no de forma jerárquica, sino a modo de cúpula geodésica. Así, la Ética es una estructura compleja de diferentes metas, logros y virtudes, y la parte que cada uno de esos elementos ocupa en esta estructura compleja sólo puede ser comprendida elaborando su papel en un diseño determinado sobre todo por los restantes. Por ello, para Dworkin, hasta que no se vea cómo los valores éticos se forman juntos de esa manera, no se entenderá cabalmente ninguno de ellos. De esta forma, se sugiere que los conceptos políticos son parte de una estructura más abarcante de valores que conecta la estructura política no sólo con la moral sino también con la Ética.¹⁰⁴⁸

1047 *Ibidem*, p. 13.

1048 *Ibidem*, pp. 13-18. Dworkin parece diferenciar la ética de la moral, caracterizando la primera con determinados ideales particulares, y la segunda con valores de alcance universal. En concreto, Dworkin diferencia estos conceptos asociando la ética con la noción de bienestar, es decir, con cómo debemos vivir para proporcionarnos a nosotros mismos una buena vida mientras que relaciona la moral con cómo debemos tratar a los demás. Cfr. Dworkin, R., *Foundations of Liberal Equality*, Salt Lake City, University of

En cuanto a la posición de Hart en concreto, Dworkin cree que es criticable como lo es el “arquimediano” en general. Para fundamentar esta afirmación, sugiere primero que es imposible distinguir entre las afirmaciones de primer orden —de los abogados—, de las afirmaciones filosóficas de segundo orden —sobre cómo deben ser identificadas y probadas las afirmaciones de primer orden—. La tesis de las fuentes de Hart está lejos de ser neutral. Es decir, supone tomar partido cuando se la aplica a casos prácticos. Concretamente, esta posición toma partido en toda disputa jurídica a favor de quienes sostienen que los derechos deben encontrarse consultando las fuentes tradicionales del derecho. Además, Dworkin se pregunta en qué sentido es descriptiva la tesis de Hart, y responde que lo es en el sentido de opuesta a moral o éticamente valorativa. Dworkin cree que, como Hart no ha aclarado qué tipo de descripción utiliza, se debe usar la imaginación. Por esto, en primer lugar observa que si la tesis de las fuentes es una afirmación semántica, ésta ya ha sido criticada en *Law's Empire*. Además, advierte que como Hart niega —en el *Postscript*— haber intentado algo así, es preciso imaginar otras posibilidades. Así, Dworkin se pregunta si el mencionado autor sostuvo que el significado del derecho debe ser buscado como si fuera un objeto natural, lo cual tal vez explicaría la aparente creencia de que la investigación conceptual del derecho puede ser descriptiva pero no semántica. Para Dworkin, esto no puede haber sido afirmado por Hart, ya que si la libertad no tiene ADN, el derecho tampoco. Por último, Dworkin se pregunta si Hart pudo sostener que la tesis de las fuentes es descriptiva como una generalización empírica de algún tipo, por medio de la cual, apelando a la información histórica de cómo las personas se refieren al derecho, se busca encontrar reglas sobre la naturaleza del derecho, o simplemente anotar regularidades sin intentar explicarlas. Para Dworkin, a esta posible interpretación de Hart se le puede objetar que éste no procesó mucha información fáctica. Además, considera que sería excesivamente raro referirse a estudios empíricos como descubridores de la naturaleza del derecho y llamar a su libro *The Concept of Law*. Por último, Dworkin observa que si se toma mucha información para sostener la tesis de las fuentes como una generalización empírica ésta puede ser refutada con algunos contraejemplos. Por ejemplo, Hart afirma que la moral puede te-

ner un papel en la identificación del derecho cuando alguna “fuente” así lo declara, como es el caso de alguna cláusula constitucional de Estados Unidos. Pero, para Dworkin, Hart parece haber malentendido la Constitución norteamericana, ya que no existe un consenso ni a favor ni en contra de una lectura moral de la Constitución. Esta es una cuestión de profundo desacuerdo.¹⁰⁴⁹

Para finalizar, Dworkin afirma que su propuesta de que los valores se encuentran integrados —no separados— formando una especie de *puzzle* en el que cada valor tiene su lugar, un *puzzle* que se encuentra vinculado con el valor político de la “legalidad”, no termina siendo una propuesta particular, es decir, relativa a un solo sistema jurídico. Dworkin cree que su propuesta es general, aunque aclara que por esto no deja de ser interesante tanto para los filósofos como para los abogados y jueces. De hecho, a su juicio, quienes pretenden ser sólo descriptivos y conceptuales, es decir, no normativos, pierden la oportunidad de unir estos debates y discusiones.¹⁰⁵⁰

Conviene ahora dar cuenta de algunas críticas —en la línea de las dworkinianas— ofrecidas por Perry contra la metodología hartiana. En “Hart’s Methodological Positivism”,¹⁰⁵¹ Perry considera que la teoría positivista hartiana es sustantiva —no metodológica—. Sin embargo, reconoce que las aclaraciones de Hart ofrecidas en el *Postscript* sobre su modo de aproximarse al estudio del derecho evidencian que intenta adoptar un marco propio del positivismo metodológico. De hecho, según Perry, Hart combina elementos de dos tipos de aproximaciones metodológicas diferentes. En concreto, del método descriptivo-explicativo y del método del análisis conceptual —método que para Perry es el mismo que utiliza Dworkin, sólo que éste lo denomina método interpretativo—. Perry considera que esta diversidad en el método de Hart produce una tensión que lo obliga a optar por un tipo de aproximación.

Por su parte, si bien reconoce que el método descriptivo-explicativo es apropiado para hacer ciencia, Perry cree que no sirve para hacer teoría del derecho, y que el análisis conceptual parece más apropiado, aunque

1049 Cfr. Dworkin, R., “Hart’s Postscript and Character of Political Philosophy”, *cit.*, nota 1039, pp. 19-23.

1050 *Ibidem*, pp. 23-37.

1051 Cfr. Perry, S., “Hart’s Methodological Positivism”, en Coleman, J., *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, *cit.*, nota 576, pp. 311-354.

observa que éste método exige un análisis realizado desde el punto de vista interno y que recurre, en parte, a argumentos morales.¹⁰⁵²

Para Perry, un autor que defiende la posibilidad de hacer teoría del derecho sólo con un método descriptivo-explicativo es Waluchow. De hecho, en otro trabajo,¹⁰⁵³ Perry analiza y critica esta posibilidad. Para Perry, Waluchow es un positivista metodológico moderado, que rechaza la visión interpretativa metodológica de Dworkin en favor de una de tipo descriptivo-explicativo. Según Perry, esta visión toma al derecho como una especie natural, como el agua o el oro. De tal forma que se considera que el derecho tiene una esencia, presumiblemente determinada por aquellas funciones naturales que se dan en todos los verdaderos sistemas jurídicos. Para nuestro autor, esta idea de esencia resulta especialmente inadecuada cuando se caracteriza el derecho como una creación del hombre. Por ello, considera que autores como Waluchow acuden a la noción de “necesidad conceptual” (*conceptual necessity*). Sin embargo, a su juicio, esta posición también es problemática. Para demostrar esto, recuerda que los teóricos del derecho no suelen estar de acuerdo en el concepto del derecho, lo cual le lleva a preguntarse cuál de los conceptos es el que hay que someter a investigación teórica.¹⁰⁵⁴

Para Perry, una solución a este problema es acudir a la noción de “función” o “sentido” del derecho —noción a la que, a juicio de este autor, tarde o temprano, todo teórico del derecho acude—. De hecho, el propio Hart habla de la función social del derecho, al observar la incapacidad de los sistemas jurídicos formados únicamente por reglas primarias para guiar bien la conducta. Para Perry, esto demuestra que Hart termina apelando a juicios de valor para distinguir entre lo que es derecho y lo que no lo es. No obstante, reconoce que Waluchow puede intentar atribuirle carácter descriptivo a esta función del derecho.¹⁰⁵⁵

De nuevo, para superar estos problemas se puede decir que los teóricos deben analizar el concepto de derecho de quienes participan en él. Sin embargo, según Perry, a medida que se fundamenta mejor esto, “nos vamos moviendo o acercándonos a la metodología interpretativa dworki-

1052 *Ibidem*, pp. 311-313.

1053 Perry, S., “Varieties of Legal Positivism”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 9, 1996, pp. 361-381.

1054 *Ibidem*, pp. 369 y 370.

1055 *Ibidem*, p. 370.

niana".¹⁰⁵⁶ De hecho, considera que la teoría de Raz, por ejemplo, adopta el punto de vista interno desde el cual avanza al argumento de la autoridad del derecho. A su juicio, argumentar por qué las personas pueden pensar que el derecho les da razones para actuar —como hace Raz—, implica suponer que el derecho cumple con alguna función o finalidad. Por todo esto, para Perry, al final de la cuestión, y poco a poco, parece razonable tener que abandonar el positivismo jurídico metodológico. En definitiva, para este autor, la elaboración de una teoría del derecho descriptiva-explicativa —no normativa— es más difícil de conseguir de lo que sugiere Waluchow, ya que esta teoría sólo puede ser elaborada comprometiéndose en una discusión normativa acerca de la función del derecho y adoptando el punto de vista del participante.¹⁰⁵⁷ De hecho, según Perry, cuando Waluchow acepta la tesis de Hart de que todo sistema jurídico tiene una regla de reconocimiento convencional, acepta una visión normativa sobre las funciones de los sistemas jurídicos como capaces de guiar conductas.

En definitiva, para Perry el argumento de Waluchow al final fracasa porque niega esta verdad metodológica. De hecho, para nuestro autor, “las dos teorías jurídicas que han predominado en tiempos recientes, llamadas positivismo excluyente de Raz y teoría de la integridad de Dworkin, han predominado precisamente porque cada una constituye una conceptualización interna y consistente de una visión normativa particular del propósito o función del derecho. El argumento de Waluchow, en cambio, inteligente e ingenioso como suele serlo, intenta proveer un tipo de conceptualización de los datos sin corromperse por ninguna consideración normativa. [Por ello, al final] el camino intermedio que Waluchow buscaba es menos fácil de descubrir de lo que suponía”.¹⁰⁵⁸

Antes de volver a la crítica de Perry contra la metodología hartiana, conviene aludir brevemente a una última observación contra la propuesta descriptiva-explicativa de Waluchow. Rodríguez-Toubes ha observado que, desde esta aproximación metodológica, la aceptación por parte del ILP de la tesis de la separación parece estar vinculada al postulado de que es excepcional que las reglas de reconocimiento incorporen la moral como criterio de validez. Si bien en términos lógicos ni siquiera bastaría con demostrar que todos los sistemas jurídicos poseen una conexión con

1056 *Ibidem*, p. 371.

1057 *Ibidem*, pp. 370-374.

1058 *Ibidem*, p. 381.

algún tipo de moral —razón por la cual Waluchow cree que investigar esta cuestión sería poco interesante—, para Rodríguez-Toubes, “todo aquél que desee defender el poder descriptivo de la tesis de la separación debe sostener que los contraejemplos que Hart tiene en cuenta son excepcionales, o que la conexión que establece con la moral es limitada”.¹⁰⁵⁹

Volviendo a Hart, para Perry existen buenas razones para pensar que este autor de hecho no empleó el método científico, descriptivo y general.¹⁰⁶⁰ Por un lado, el análisis de Hart de que el derecho está formado

¹⁰⁵⁹ Rodríguez-Toubes, J., “Is Soft Positivism a Positivism?”, *Archiv für Rechts-und Socialphilosophie*, Beiheft, 70, 1997, p. 46.

¹⁰⁶⁰ En este sentido, Guest afirma que existen dos aspectos de la teoría de Hart que no han sido correctamente comprendidos. Primero, la afirmación de Hart de que su teoría es sociológicamente descriptiva. Segundo, su afirmación de que es bueno que la moral y el derecho estén separados. Así, el derecho puede ser algo públicamente cierto. Guest afirma que Hart ofrece claramente algo más que una mera visión descriptiva del derecho. En realidad, ofrece una manera de pensar el derecho que cree que es la moralmente mejor. Esto puede observarse cuando se refiere a las virtudes de los sistemas jurídicos que poseen normas secundarias. En esta línea, Orrego ha insistido en que Hart defiende su positivismo por razones morales. *Cfr.* Orrego, C., *H. L. A Hart. Abogado del positivismo jurídico*, Navarra, EUNSA, 1997.

Para Guest, por más que Hart diga en el *Postscript* que su teoría es descriptiva —es decir, moralmente neutral y sin intenciones justificatorias—, y que afirme que los sistemas jurídicos pueden ser comprendidos desde el punto de vista externo —aunque describan las valoraciones—, no se limita meramente a describir. Esto se debe a que en realidad describe algo que ha sido seleccionado como objeto de interés. Hay que indicar que esta idea ya había sido señalada anteriormente por Finnis. *Cfr.* Finnis, J., *Ley Natural y derechos Naturales*, pp. 39-55. Para Guest, resulta claro que Hart elige entre concepciones del derecho con base en algo más que el uso lingüístico. De hecho, de su pensamiento parece desprenderse que es mejor una sociedad con legislación y con un criterio certero de identificación jurídica. En definitiva, para este autor, si todo esto es cierto, la teoría de Hart puede ser atacada con argumentos morales. Es decir, si Hart habla desde una visión moral, se puede argumentar contra ella moralmente. Esto es así porque su teoría también es valorativa y no meramente descriptiva. *Cfr.* Guest, S., “Two Strands in Hart’s Theory of Law: A Comment on the Postscript to Hart’s *The Concept of Law*”, en Guest, S., (ed.), *Positivism Today*, cit., nota 428, pp. 29-35. Recientemente, se han publicado en un volumen monográfico una serie de trabajos que profundizan esta crítica a la aproximación metodológica hartiana. Entre ellos está el trabajo de Chiassoni, que busca mostrar que las teorías de la interpretación que se siguen de las tesis de Hart no son ni generales ni descriptivas. *Cfr.* Chiassoni, P., “Filologia, Mercurio, e l’ermeneutica preterintenzionale di H. Hart”, *Ragion Pratica*, 21, 2003, pp. 361 y ss. Por su parte, Diciotti señala que el propio Hart termina dando razones morales para preferir una teoría del derecho no iusnaturalista. *Cfr.* Diciotti, E., “H. L. A. Hart: il concetto di diritto, la morale e la norma di riconoscimento”, *Ragion Pratica*, 21, 2003, pp. 385-386. Por último, Jori sostiene que el principio de separación entre derecho y moral es él mismo un

por la unión de dos tipos de normas parece tomar estas características de algunos sistemas modernos de derecho. Según Perry, esto sirve para poner en duda el carácter general de la teoría de Hart. Por el otro, no parece que Hart describa el derecho como un fenómeno social en términos de puro comportamiento. De hecho, Hart parece interesado más bien en la capacidad que puede tener una teoría para elucidar conceptos. Para Perry, esto puede observarse cuando Hart busca explicar la obligatoriedad del derecho o cuando observa los defectos de los sistemas jurídicos que sólo poseen normas primarias. De todo esto, Perry obtiene dos conclusiones: “Primero, él [Hart] no ha adoptado nada parecido a una aproximación descriptiva-explicativa, no está haciendo ciencia en el sentido ordinario. Segundo, su técnica metodológica principal es el análisis conceptual, como forma de clarificar y elucidar nuestra manera de conceptualizar nuestra práctica social”.¹⁰⁶¹

De hecho, para Perry, una descripción externa del hecho que la gente se considera obligada o que otros están obligados, no parece poder elucidar el concepto general de obligación o la afirmación de que el derecho crea nuevas obligaciones que no existirían de otro modo.¹⁰⁶² Además, una descripción externa tiene también sus dificultades a la hora de explicar la autoridad del derecho. Si bien es posible afirmar que esta característica es convencional, es un hecho empírico que no existe tal convención, debido a que resulta difícil imaginar un acuerdo sobre esto. Por esto, una vez más, según Perry, es necesario abandonar una descripción externa para asumir una empresa interna que permita clarificar los conceptos.

Contra la posible réplica de que Hart aclara nuestros compromisos conceptuales sin comprometerse con los mismos —de forma moralmente neutral y sin fines justificatorios—, Perry cree esto sería correcto sólo si la elucidación de los conceptos relevantes fuera no controvertida. Además, para Perry, en el *Postscript*, Hart da un paso hacia una teoría interna, cuando trata de explicar la autoridad que representa la regla de reconocimiento para los funcionarios a partir de la aceptación de dicha

importante principio moral y político. *Cfr.* Jori, M., “L’ultimo Hart e la teoria dionisiaca del diritto: una discussione mancata”, *Ragion Pratica*, 21, 2003, p. 434.

1061 Perry, S., “Hart’s Methodological Positivism”, en Coleman, J., *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, cit., nota 576, p. 324.

1062 *Ibidem*, p. 336.

regla.¹⁰⁶³ Por último, en cuanto a la naturaleza del derecho, Perry cree que Hart presenta una serie de nociones como la de regla de reconocimiento, reglas secundarias, etcétera, que permiten observar cómo “está optando por una conceptualización de la práctica social en vez de otras con base en argumentos normativos”.¹⁰⁶⁴

En síntesis, para Perry, una teoría filosófica del derecho debe afrontar el problema de la normatividad del derecho. Para este autor, Hart presenta una teoría que no es moralmente neutral. Sin embargo, considera que igualmente no logra ofrecer una respuesta al problema de la normatividad del derecho. La razón de esto es que Hart está también comprometido con el positivismo metodológico que sostiene que una teoría del derecho debe ofrecer una descripción externa de la práctica jurídica que sea moralmente neutral y sin justificaciones. Para Perry, la tradición anglo-americana de la teoría del derecho —desde Hobbes y Bentham hasta Coleman, Dworkin, Finnis, Postema y Raz; excluyendo a Waluchow y Austin— siempre afirmó que es central en la teoría del derecho la visión sobre su normatividad. Por ello, concluye que el problema de Hart es que “profesa tomar el asunto seriamente, pero su adhesión al positivismo metodológico le previene de seguir adelante”.¹⁰⁶⁵

B. La aproximación metodológica de Coleman

Desde sus primeros trabajos, Coleman sostiene que busca defender el positivismo jurídico de Hart de los ataques de Dworkin. En concreto, Coleman busca un espacio entre el ELP y la teoría de Dworkin, precisando que para lograr este objetivo trata de elaborar una teoría analítica del derecho; es decir, que su método es el análisis conceptual del derecho. De hecho, aclara que este método no opera sobre el significado de la palabra “derecho”, sino que busca comprender mejor las instituciones jurídicas, y para ello analiza conceptos jurídicos importantes como “autoridad”, “validez”, “objetividad”, “discrecionalidad”, etcétera. Por ello, advierte que el propósito del análisis conceptual es determinar o capturar el contenido de algunos conceptos con la esperanza de que gracias a este esfuerzo pueda aprenderse algo interesante, importante o esencial sobre

1063 *Ibidem*, pp. 336-342.

1064 *Ibidem*, pp. 342-347.

1065 *Ibidem*, p. 354.

la naturaleza del objeto designado por el concepto. En definitiva, a juicio de Coleman, el tipo de análisis conceptual que propone consiste en descubrir las principales características de estos conceptos, es decir, aquellas características que son centrales para nuestra comprensión de dichos conceptos.

Por otra parte, para Coleman la mayoría de los filósofos del derecho contemporáneos están de acuerdo en dos puntos. En primer lugar, en que el derecho es una práctica social; en segundo lugar, en que el derecho posee dimensiones sociales y morales. Por esto, afirma que una teoría del derecho es la elaboración de estas simples verdades, y el éxito de la teoría depende de la extensión con que la caracterización de estas verdades ayude a profundizar nuestra comprensión sobre el tipo de práctica social que es el derecho. Es decir, depende de qué tipo de concepción se ofrezca sobre los rasgos de la práctica jurídica que son más importantes o que necesitan ser explicados en mayor medida. Todo esto significa, para Coleman, que una teoría del derecho presupone una comprensión del concepto del derecho al mismo tiempo que busca ofrecer una concepción particular de éste. Así, concluye que la formación de conceptos está regulada por normas que son teóricas, no políticas ni morales.¹⁰⁶⁶

Si bien Coleman dedica la parte final de su libro *The Practice of Principle* a la cuestión metodológica, a lo largo de todo él pueden rastrearse afirmaciones relacionadas con este tema. Por ejemplo, en el primer capítulo, titulado “El método pragmatista”, distingue entre explicaciones y justificaciones teóricas. A su juicio, esta distinción puede llevar a pensar equivocadamente que la explicación teórica es descriptiva, mientras que la justificación es normativa. Para Coleman, esto es falso porque ambas aproximaciones teóricas están gobernadas por normas. Las explicaciones están reguladas por normas de precisión descriptiva y/o predictiva, mientras que la justificación está regulada por las normas morales adecuadas —justicia, virtud, bondad, etcétera—. Además, tanto la descripción como la justificación están sujetas a un conjunto de normas formales que gobiernan todas las teorías. Estas normas son la simplicidad, la coherencia, la elegancia y lo que llama “*consilience*”.¹⁰⁶⁷ En concreto, con la dis-

1066 Cfr. Coleman, J., “Second Thoughts and Other First Impressions”, en Bix (ed.), *Analyzing...*, cit., nota 323, pp. 258-260.

1067 Cfr. *POP*, p. 3. “*Consilience*” es una antigua palabra que significa la unidad del conocimiento. En concreto, indica la búsqueda o el acuerdo entre disciplinas para establecer unas bases independientes del método propio.

tinción anteriormente propuesta, Coleman en realidad quiere distinguir su forma de hacer teoría del derecho de las formas que creen que en la teoría del derecho la explicación y la justificación están vinculadas de tal modo que una explicación filosófica del concepto del derecho no puede ni siquiera comenzar sin invocar normas morales.¹⁰⁶⁸

Hechas estas aclaraciones, Coleman presenta al método pragmatista como el mejor modo de realizar un análisis conceptual. A su juicio, las principales características del método que propone son: (1) Se niega que todo elemento semántico —por ejemplo, una palabra o proposición— tiene un significado independiente de al menos algunos de los otros elementos semánticos. Así, el significado de un concepto depende, al menos en parte, de su relación con otros conceptos (*semantic non-atomism*).¹⁰⁶⁹ (2) El contenido de un concepto debe ser analizado en términos de esta relación lógica; específicamente debe ser analizado en términos de la inferencia que garantiza¹⁰⁷⁰ (*practical inferential role semantics*). (3) “[A] veces, una explicación filosófica de una práctica social puede exponer cómo algunos principios están asumidos por la práctica”.¹⁰⁷¹ Por ejemplo, la práctica del derecho de daños asume el principio de justicia correctiva (*explanation by embodiment*).¹⁰⁷² (4) La manera como funciona un concepto en un contexto o práctica condiciona su aplicación apropiada en otros contextos o prácticas. De esta forma, las prácticas deben ser observadas de forma holística.¹⁰⁷³ (5) En general se piensa que las afirmaciones empíricas son siempre revisables por pruebas empíricas. Sin embargo, muchos autores sostienen que hay algunas afirmaciones que son inmunes a ser revisadas, sea porque expresan verdades analíticas —como por ejemplo, todos los solteros no están casados—, o por otras razones que son cognoscibles *a priori* —como por ejemplo, “nada puede derivarse de nada”—. Para Coleman, toda convicción o pensamiento está sujeto, en principio, a revisión por pruebas empíricas o consideraciones pragmatistas. A su juicio, como las prácticas lingüísticas normalmente cambian, las convicciones analíticas también pueden cambiar.¹⁰⁷⁴

1068 *Ibidem*, p. 3.

1069 *Ibidem*, pp. 6 y 7.

1070 *Ibidem*, p. 7.

1071 *Ibidem*, p. 6.

1072 *Ibidem*, p. 8.

1073 *Ibidem*, p. 6.

1074 *Ibidem*, pp. 6 y 9.

Por otra parte, al referirse a las ventajas del ILP frente al ELP, Coleman observa que el argumento por el cual Waluchow prefiere el ILP al ELP se basa en la mayor precisión descriptiva de la versión incluyente. Nuestro autor rechaza este tipo de argumentaciones, aunque no niega que la precisión descriptiva sea una virtud de que puede poseer una teoría. Este tipo de argumento es rechazado por él porque, a su juicio, el debate entre ILP y ELP no es una discusión descriptiva, sino una disputa interpretativa. Concretamente, la cuestión es qué “visión provee la mejor explicación o interpretación del hecho de que el lenguaje moral aparece en las cláusulas constitucionales”.¹⁰⁷⁵ En este sentido, Himma afirma que Waluchow no logra responder satisfactoriamente a Dworkin, porque sus argumentos son empíricos, mientras que Coleman logra dar en el blanco porque sus argumentos son conceptuales.¹⁰⁷⁶

Como se ha adelantado, en el último capítulo del libro al que se ha hecho referencia, Coleman se ocupa por completo del debate metodológico, analizando las críticas que Dworkin y Perry han dirigido contra el análisis conceptual del derecho propuesto por Hart. Como Coleman considera que hace teoría del derecho con las mismas herramientas y métodos que Hart, cree necesario defenderlo para proteger su propio estilo de aproximación al fenómeno jurídico.¹⁰⁷⁷

Con esta finalidad, Coleman recuerda que en el *Postscript*, Hart defiende una teoría del derecho descriptiva, y que Dworkin rechaza este tipo de teoría del derecho por considerar que dicha teoría debe ser normativa y no descriptiva.¹⁰⁷⁸ Contra las afirmaciones de Dworkin y Perry, Coleman aclara que si por normativo se entiende racionalizar un concepto articulando criterios para su uso que permitan ser más precisos que utilizando la palabra “derecho” de otro modo, Hart aceptaría la normatividad de su análisis conceptual. Sin embargo, para Coleman, el profesor inglés aclararía que su proyecto es descriptivo en el sentido de que su teoría no garantiza una inferencia de la legalidad a la legitimidad.¹⁰⁷⁹

Antes de continuar, conviene tener en cuenta que Coleman ya había analizado, en su trabajo “Incorporationism, Conventionality, and the

1075 *Ibidem*, p. 109.

1076 Cfr. Himma, K., “Waluchow’s Defense of Inclusive Legal Positivism”, *Legal Theory*, 5, 1999, p. 112.

1077 Cfr. *POP*, p. 175.

1078 Cfr. al respecto Villa, V., “Teorie giuridiche «descrittive» e teorie giuridiche «normative» nel «Postscript» di Hart”, *Ragion Pratica*, 21, 2003, pp. 463-477.

1079 Cfr. *POP*, p. 178.

Practical Difference Thesis” algunos argumentos contra la posibilidad de que exista una teoría del derecho meramente descriptiva. En esta oportunidad, Coleman dividió estos argumentos entre los que sostienen que los desacuerdos sobre la categoría “derecho” impiden llegar al núcleo del mismo, y los que sostienen que el proyecto descriptivo es imposible.¹⁰⁸⁰

Para superar estos problemas, Coleman se preguntó si existen rasgos esenciales a nuestro concepto de derecho, en el sentido de que la práctica social que no los cumple no es derecho, y si estos rasgos dependen de la comprensión de lo que es el derecho o de una controvertida teoría sobre la verdadera función del derecho.¹⁰⁸¹ Para responder a esta pregunta, Coleman recurrió en ese trabajo a la argumentación de Hart, por la que se diferencia el derecho de las órdenes respaldadas por amenazas, concluyendo que la persistencia y la continuidad son rasgos esenciales del derecho que hacen innecesario recurrir a un elemento controvertido como la legitimidad. A su vez, observó que las instituciones crean y revisan las reglas, y adjudican las disputas que surgen en éstas. De hecho, resalta que otro elemento que caracteriza al derecho es que posee normas que establecen cómo se crean otras normas. Así, existen las normas que obligan a los ciudadanos —reglas primarias— y otras —reglas secundarias— que reconocen a las primarias. De esta forma, sugiere que el derecho puede ser explicado como una unión de reglas primarias y secundarias. La existencia de las reglas primarias depende de las secundarias de reconocimiento, y estas normas están constituidas por una práctica social aceptada desde el punto de vista interno. En suma, para Coleman una teoría descriptiva de este tipo es posible, sin ser necesario apelar a argumentos discutibles sobre la función del derecho.¹⁰⁸²

Cerrado este paréntesis, la defensa de Coleman del análisis conceptual llevada a cabo en *The Practice of Principle*, continúa enfrentándose al argumento más famoso de la teoría normativa de Dworkin: el agujón semántico. Debido a que el análisis y la crítica que Coleman hace de este argumento ya han sido presentados, sólo se añadirá ahora que, para este autor, el argumento del agujón semántico y la defensa dworkiniana de una teoría normativa del derecho reflejan una grave confusión en-

¹⁰⁸⁰ Cfr. Coleman, J., “Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis”, en Coleman, J. (ed.), *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law, cit.*, nota 576, pp. 107 y 108.

¹⁰⁸¹ *Ibidem*, p. 108.

¹⁰⁸² *Ibidem*, pp. 109-111.

tre el contenido del concepto de derecho y el contenido del derecho de una comunidad en particular. A juicio de nuestro autor, esto puede observarse con claridad cuando Dworkin afirma que desde una posición semántica criteriológica no se puede explicar la posibilidad de que existan desacuerdos —fundamentales— sobre los criterios de aplicación de un concepto. Coleman cree que esto es falso porque considera que dos personas pueden compartir un mismo concepto de derecho y no estar de acuerdo en cuáles son los criterios que determinan la verdad o falsedad de una proposición jurídica —por ejemplo, por practicar el derecho en diferentes comunidades—. Del mismo modo, sostiene que dos personas —por ejemplo, que practican el derecho en una misma comunidad— pueden compartir cuáles son los criterios de esa comunidad sin estar de acuerdo sobre el concepto general de derecho. En definitiva, Coleman afirma que Dworkin diagnostica mal el hecho de que existan desacuerdos sobre el criterio de juridicidad en una comunidad. Según Coleman, este argumento puede ser esgrimido contra una visión convencionalista del positivismo. Sin embargo, “el hecho de que existan desacuerdos sobre el criterio de juridicidad no nos dice nada sobre la verdadera metodología para encontrar el contenido del concepto del derecho”.¹⁰⁸³

Superado este escollo, Coleman busca rebatir la crítica según la cual para caracterizar al derecho es necesario partir de la comprensión de los participantes del derecho. Esta crítica observa que el derecho es caracterizado por sus participantes como una actividad justificada, lo que parece revelar una propiedad moral del derecho. Contra este argumento, Coleman sugiere que la comprensión que poseen los mismos participantes de la práctica jurídica de la que forman parte, puede ser interesada o equivocada. De hecho, para Coleman existen razones para desconfiar de la propia apreciación de los participantes por estar demasiado cerca de la práctica en la que participan, estando imposibilitados para tomar distancia.¹⁰⁸⁴

Más adelante, Coleman enfrenta un nuevo argumento que afirma que es parte de nuestro concepto de derecho la creencia de que éste es moralmente atractivo, es decir, que todo derecho posee alguna cualidad o propiedad moral que lo hace atractivo. En definitiva, esta tesis sostiene que la cualidad moral necesaria del derecho es lo suficientemente fuerte co-

1083 *POP*, p. 182.

1084 *Ibidem*, pp. 187-189.

mo para garantizar una inferencia de la juridicidad a la legitimidad. Contra este argumento, Coleman observa que la búsqueda de la cualidad moral que nos permita reconocer tanto el derecho elogiable como el criticable debe admitir la posibilidad de presentar una propiedad moral del derecho que pueda ser aceptada por los positivistas; es decir, una propiedad que oriente el análisis conceptual, siendo a la vez lo suficientemente débil como para evitar pasar de la juridicidad a la legitimidad. Buscando tal propiedad, Coleman observa algunas cualidades potencialmente inherentes al derecho como, por ejemplo, su capacidad para llevar a cabo un ideal de gobierno que de otra forma no sería posible conseguir. Sin embargo, aclara que esto no implica que todo análisis del concepto de derecho haya de considerar a premisas morales, porque estas cualidades no son parte del concepto de derecho, sino realidades instrumentales que pueden ser utilizadas con diversos fines. Así, para Coleman “el derecho es el tipo de cosa que puede realizar algunos ideales atractivos. [Sin embargo,] ese hecho sobre el derecho no es necesariamente una parte del concepto de derecho”.¹⁰⁸⁵

Por otra parte, Coleman responde a los argumentos de Perry que apuntan a que Hart apela a una teoría moral y política sustantiva al desarrollar su concepto de derecho. Contra el argumento que afirma que el análisis conceptual no puede ni siquiera empezar sin que se apele anteriormente a algunos criterios normativos morales que nos dicen cuáles son las características del derecho a las que el concepto de derecho debe aludir, Coleman responde que es cierto que Hart apela a normas epistémicas como la unificación, la sistematicidad, la “*consilience*”, etcétera. Sin embargo, aclara que si bien estos elementos son normativos, no son de carácter político o moral. De igual modo, observa que Hart identifica elementos normativos —como la coerción, las reglas, el carácter institucional— pero solamente los describe. Por esto, no comprende por qué se le imputa que también haya apelado a normas morales y políticas. A su juicio, Hart no las necesita, ni parece haber apelado a las mismas del modo que se le imputa.¹⁰⁸⁶ En contra del argumento sobre el “punto de vista interno”, observa que no hay nada de moral en la necesidad de adoptar este punto de vista. Para Coleman, Perry confunde un argumento conceptual con uno moral. Esto se debe a que sólo se trata de la necesidad de explicar el derecho desde el

1085 *Ibidem*, p. 194.

1086 *Ibidem*, pp. 199-201.

punto de vista de las personas para las cuales éste es una razón para la acción.¹⁰⁸⁷ Por último, el argumento sobre “la función del derecho” ya había sido respondido por Coleman en alguna medida en su debate con Shapiro sobre la tesis de la diferencia práctica. Por esto, ahora solamente aclara que el proyecto de Hart no era defender la función del derecho como moralmente atractiva, sino como un modo de comprender mejor la forma como surge, persiste y madura el derecho.¹⁰⁸⁸

Para finalizar, Coleman analiza una crítica que sugiere que el análisis conceptual no es útil porque el concepto del derecho es controvertido y, por tanto, indeterminado. Es decir, que cuestiones como el papel de la moral en el derecho no pueden ser resueltas de modo conceptual. En este sentido, Murphy afirma que “para resolver el desacuerdo conceptual entre Hart y Dworkin, deben ser evaluadas las razones prácticas y políticas ofrecidas por sus respectivas posiciones. Debemos acercarnos a la tradicional pregunta sobre el concepto del derecho como un aspecto práctico de la teoría política”.¹⁰⁸⁹ Contra este tipo de críticas, Coleman responde: (1) No es evidente que el concepto de derecho sea indeterminado de una forma relevante. Si bien no existe un acuerdo con Dworkin sobre las respuestas correctas a muchas cuestiones de teoría del derecho, ambos están de acuerdo en que sus teorías ofrecen las respuestas correctas. De esta manera, si la crítica parte de que el concepto de derecho es incompleto porque existen desacuerdos sobre su contenido, ningún concepto filosóficamente interesante es preciso o está adecuadamente analizado. (2) Esta crítica parece subestimar el alcance de los recursos del análisis conceptual. De hecho, para Coleman, con esta crítica se pretende ofrecer un tipo de análisis conceptual que es inmune a las consideraciones prácticas o políticas. No obstante, para Coleman, lo que estas críticas “ofrecen como alternativa al análisis conceptual ya es parte de éste”.¹⁰⁹⁰

C. La respuesta final de Dworkin

De la defensa que Coleman ofrece para la aproximación metodológica positivista, Dworkin observa que este autor busca demostrar cómo el po-

1087 *Ibidem*, p. 204.

1088 *Ibidem*, p. 207.

1089 Murphy, L., “The Political Question of the Concept of Law”, en Coleman, J., *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, cit., nota 576, p. 373.

1090 *POP*, p. 210.

sitivismo jurídico puede ser una teoría normativa, conceptual y descriptiva. En este sentido, sostiene que esta teoría es normativa porque busca captar lo que es realmente importante y fundamental del derecho, sin por esto intentar justificarlo. También ha sostenido que es una teoría conceptual, porque nos enseña qué es lo que pertenece a la estructura fundamental del derecho, sin realizar esto *a priori* y sin decir nada sobre el correcto uso de la palabra “derecho”. Por último, también es una teoría en cierto sentido empírica porque se aprovecha de los estudios empíricos del derecho que proveen el material en “bruto” —sin refinar— para sus juicios sobre la estructura del derecho.¹⁰⁹¹

El inconveniente, para Dworkin, es que cada una de estas afirmaciones resulta contradictoria con las otras. De hecho, observa que por más que Coleman celebre la aportación de las ciencias sociales a la filosofía del derecho, ninguno de sus argumentos usan o al menos mencionan, ni una sola vez, este tipo de material. Además, Dworkin considera que sería difícil entender qué uso se podría dar a este tipo de material. En concreto, pregunta cómo una inducción de miles de casos sobre instituciones jurídicas con diferentes motivos, supuestos, lugares de origen y momentos de aplicación pueden revelar la “esencia” o la “naturaleza” del derecho.¹⁰⁹²

No obstante, Dworkin considera que este tipo de teoría presenta una dificultad aún mayor. Suponiendo que Coleman ponga al descubierto la esencia del derecho mostrando lo que es constante a lo largo de su historia, aún no ha defendido la premisa de la que depende su conclusión; ésta es, que el derecho tiene una esencia que puede ser expuesta de forma descriptiva. Para Dworkin, los átomos y el ADN tienen este tipo de estructura, no así las prácticas sociales complejas. En este sentido pregunta: ¿qué hecho físico, histórico o social demuestra que una parte esencial del derecho es su convencionalidad? En definitiva, concluye que los positivistas deben responder a estas preguntas o renunciar a su tesis de que están investigando una realidad histórica, social, antropológica o psicológica profunda.¹⁰⁹³

Por último, Dworkin considera que Coleman se equivoca al afirmar que su visión del derecho es pragmatista. Para Dworkin, la explicación que Coleman da de su pragmatismo consiste en un listado de supuestos

1091 *Cfr.* Dworkin, R., “Thirty Years On”, *Doxa, cit.*, nota 959, p. 1680.

1092 *Ibidem*, pp. 1680 y 1681.

1093 *Ibidem*, p. 1681.

semánticos y metodológicos que pueden ser aceptados por filósofos no pragmatistas y que realmente cumplen una pequeña función en sus argumentos. De hecho, afirma que “nada puede estar más alejado del genuino espíritu pragmatista norteamericano que la convicción de Coleman de que se pueden descubrir verdades “conceptuales” sobre la práctica política sin considerar cuál es la comprensión de la práctica que mejor cumple con nuestros objetivos prácticos, morales y políticos”.¹⁰⁹⁴

3. *La continuación del debate sobre inclusive legal positivism y objetividad de la moral*

Desde prácticamente el comienzo de su debate con el positivismo hartiano, Dworkin criticó al “positivismo menos positivo” señalando que para aceptar la incorporación de la moral en la regla de reconocimiento también había de aceptar una visión metafísica sobre la objetividad de la moral.

Esta crítica lleva a Hart a afirmar en el *Postscript* que, como la teoría jurídica debe evitar comprometerse con teorías filosóficas controvertidas sobre el estatus general de los juicios morales, es necesario dejar abierta la pregunta sobre la “base objetiva” de los principios y valores. Ello implica para el profesor inglés, dejar abierta la cuestión de si su *soft positivism* —que admite la posibilidad de que se incluyan principios morales o valores en el criterio de validez jurídica— logra que los valores morales sirvan como criterios de validez jurídica; o si en cambio, sólo constituyen directivas para que los jueces creen nuevo derecho de acuerdo a lo que a su juicio les exigen esos valores morales.¹⁰⁹⁵

La respuesta de Hart resulta un poco desconcertante. Por esta razón, algunos autores incluyentes han intentado, o bien defender el tipo de respuesta que Hart ofrece a esta cuestión, o bien ofrecer una respuesta diferente a la crítica de Dworkin. A continuación, se expondrán estas defensas incluyentes, junto con algunas críticas excluyentes que aprovechan este argumento en su favor. Se ha decidido desarrollar estas críticas excluyentes en este capítulo y no en el anterior —que hace referencia al refinamiento del ILP en su debate con el ELP—, simplemente porque la crítica excluyente parece derivar de la dworkiniana.

1094 *Idem*.

1095 *Cfr. supra*, capítulo tercero, epígrafe I.2.

A. La objetividad moral según los distintos autores incluyentes

Soper es uno de los primeros incluyentes que intentó resolver el problema que genera la desconcertante afirmación de Hart según la cual su versión del ILP queda a la espera de una respuesta a la cuestión de la objetividad de la moral para saber si los tribunales aplican o crean derecho cuando utilizan principios morales. Este autor pretende superar esta especie de limbo en que queda la teoría de Hart, porque considera, en contra de lo que cree Hart, que ello es posible sin necesidad de resolver la cuestión de la objetividad de la moral.¹⁰⁹⁶

Antes de fundamentar su posición, Soper distingue entre dos formas de entender la incorporación de la moral al derecho. Por un lado, observa los casos en que la moral se incorpora al derecho de un modo meramente formal. En estos casos, cada vez que los jueces recurren a un estándar moral crean nuevo derecho. Por el otro, afirma que la moral puede incorporarse al derecho de forma sustancial. En estos casos, a diferencia de los anteriores, cuando los jueces recurren a un estándar moral no crean nuevo derecho, sino que aplican derecho preexistente. Esta distinción, permite diferenciar el modo en que el ELP y el ILP consideran que la moral se incorpora al derecho. Para el ELP, la moral se incorpora sólo formalmente —porque considera que los estándares morales son convertidos—, mientras que para el ILP la moral puede incorporarse tanto formal como sustancialmente.¹⁰⁹⁷

Realizadas estas aclaraciones, Soper se dispone a presentar un modo significativo de ver cómo los tribunales deciden dentro de los límites del derecho, sin resolver el problema de la objetividad de los principios morales que aplican. Así, en contra de lo que piensa Hart, Soper afirma que no es necesario esperar a resolver la cuestión de la objetividad para saber que los estándares morales son derecho. Para Soper, la cuestión clave a resolver es si la aplicación de estos estándares implica la aplicación de derecho preexistente. A juicio de este autor, si lo que cuenta es si los jueces están legislando o juzgando cuando aplican estándares morales, existe un modo posible de entender cómo los tribunales pueden ser vistos como si juzgasen incluso cuando el estatus objetivo del estándar que aplican es indeterminado. Hasta ahora, se asumió que la línea entre legislar y juzgar depende de la objetividad del estándar que se aplica. Soper

¹⁰⁹⁶ Cfr. Soper, P., "Two Puzzles from the Postscript", *Legal Theory*, 4, 1998, p. 369.

¹⁰⁹⁷ *Ibidem*, pp. 360 y 370-371.

cuestiona este criterio de distinción, que califica de metafísico. A su juicio, se puede apelar a otros criterios como, por ejemplo, a las razones que sugieren que la creación de nuevo derecho por parte de los jueces es injusta. Para Soper, si nos basamos en estas razones, no es necesario conocer la objetividad del estándar que se aplica para saber si los jueces que aplican esos estándares están legislando o juzgando. En este caso, basta con observar la creencia de la gente con respecto a esta cuestión. Así, si la gente considera que las decisiones judiciales se basan en estándares objetivos, entonces no sentirán que las están tratando con poco respeto, como cuando se les aplica una norma legislada después de que surgiera el caso. En definitiva, para Soper, estos estándares, sean objetivos o no, pueden tener el efecto de limitar la decisión de los jueces de forma que esta acción pueda ser caracterizada como juicio y no como creación de derecho.¹⁰⁹⁸

Soper reconoce que trazar la línea entre legislar y juzgar en términos no metafísicos tiene sus propias paradojas. Por ejemplo, probablemente quienes aceptan que los estándares morales son legítimos para la aplicación del derecho, piensen que esos estándares son objetivos. No obstante, Soper simplemente desea sostener que lo que la gente cree puede implicar una crítica mayor que la veracidad de esas creencias.¹⁰⁹⁹

En síntesis, Soper esquematiza su posición del siguiente modo:

a) Hart, correctamente afirma: (1) el positivismo puede consistentemente incorporar estándares morales como estándares jurídicos; (2) para que esta incorporación sea más que formal, es necesario que los tribunales que aplican esos estándares puedan decir que aplican derecho preexistente, en vez de legislar; (3) la afirmación de que los tribunales están aplicando derecho preexistente implica un estatus objetivo para esos estándares; (4) la teoría jurídica puede y debe mantenerse abierta a la posibilidad de que sea correcto que los estándares morales pueden ser objetivos.

b) Soper agrega algo más a lo dicho por Hart, (5) dejando abierta la pregunta sobre la objetividad de estos estándares, la teoría jurídica no requiere necesariamente dejar abierta la pregunta de si los jueces están “legislando” o “adjudicando”; esta cuestión puede depender más de la

1098 *Ibidem*, pp. 370 y 371.

1099 *Ibidem*, p. 371.

creencia de los participantes sobre el estatus objetivo de los estándares morales que de la corrección de esa creencia.¹¹⁰⁰

Otro incluyente que se ha ocupado de esta cuestión es Kramer. Para este autor, Hart fue poco hábil al rendirse ante las críticas de Dworkin. En primer lugar, porque la concepción sobre la verdad moral de Dworkin no permite que su propio desafío prospere y, en segundo lugar, porque su desafío puede ser desviado incluso en algunos contextos donde su concepción de las proposiciones morales puede ser juzgada como en parte inaplicable.¹¹⁰¹

Para fundamentar esta afirmación, Kramer observa cómo esta temprana crítica de Dworkin al ILP no vuelve a aparecer en sus trabajos posteriores, y analiza una distinción presentada por Dworkin en *Law's Empire* que diferencia entre escepticismo interno —que se focaliza en la corrección o incorrección de varias respuestas a la pregunta moral— y escepticismo externo —que se focaliza en la última postura metafísica de estas respuestas—. En concreto observa que Dworkin se interesa sólo por las cuestiones de escepticismo interno, porque no tiene razones para comprometerse con especulaciones metafísicas. Para Dworkin, aunque sean inteligibles, estas teorías son completamente ajenas a las preguntas en las cuales la verdad moral es perseguida.¹¹⁰² Aclarada esta cuestión, Kramer advierte que Dworkin retoma y desarrolla este tema en “Objectivity and Truth: You'd Better Believe It”.¹¹⁰³ En esta ocasión, Dworkin rechaza el escepticismo externo y cualquier instancia metafísica opuesta a él.¹¹⁰⁴ De hecho, el principal objetivo de este trabajo es demostrar el error en el que incurren las diferentes versiones “arquimedianas” o escépticas externas.¹¹⁰⁵ Así, la teoría dworkiniana sugiere que para comprender la respuesta correcta a la pregunta moral se debe determinar qué principios morales y qué argumentos son los moralmente mejores. Analizadas estas disquisiciones de Dworkin, Kramer considera que, a pesar de lo lacónica y poco fundamentada que resulta la teoría de Dworkin sobre la verdad moral, su crítica al ILP parece clara. El ILP está comprometido con una

1100 *Ibidem*, p. 372.

1101 Cfr. Kramer, M., “Coming to Grips with the Law: In Defense of Positive Legal Positivism”, *cit.*, nota 988, p. 191.

1102 Más detalles en *IJ*, pp. 64-71.

1103 Cfr. Dworkin, R., “Objectivity and Truth: You'd Better Believe It”, *Philosophy and Public Affairs*, 25, núm. 2, 1996, pp. 87-139.

1104 *Ibidem*, pp. 99-101.

1105 *Ibidem*, pp. 87-89.

teoría moral realista simplemente porque necesita conocer muchas normas jurídicas que deben ser identificadas en parte por tests morales.¹¹⁰⁶

Para Kramer esta acusación es falsa, es decir, el ILP no necesita asumir una teoría moral ontológica realista, sino aceptar simplemente que muchas proposiciones morales son verdaderas, lo que no necesariamente lo vincula con teorías morales realistas en sentido metafísico. Así, el ILP sólo se compromete con la visión de que la argumentación moral en una cuestión particular puede en principio proporcionar un veredicto superior a otros veredictos sobre esa cuestión. Para Kramer, “esta visión es una tesis moral, no metafísica”.¹¹⁰⁷ De hecho, como el mismo Dworkin enfatiza, la afirmación de la objetividad y de la verdad debe ser considerada simplemente como una afirmación moral empática. En síntesis, cuando el ILP acepta que las proposiciones jurídicas pueden ser verdaderas, incluso cuando éstas dependan en parte de tests morales, no necesariamente se compromete con ninguna teoría moral ontológica realista.¹¹⁰⁸

Recapitulando, para Kramer, cuando Dworkin demuestra que las proposiciones morales pueden ser definitivamente correctas sin basarse en una ontología realista, ha demostrado también que el ILP no está vinculado lógicamente a este tipo de ontologías y, por lo tanto, no es vulnerable a su crítica original. Así, el ILP puede ser independiente de cualquier teoría moral controvertida, porque es consistente con éstas. Sin embargo, Kramer es consciente que el ILP puede no querer suscribir completamente la teoría de Dworkin. En concreto, el ILP puede no compartir la idea de que existe una única respuesta correcta para todo problema jurídico. Por esto, aclara que el ILP puede sostener que la existencia de respuestas morales únicas para algunas cuestiones morales no implica que tenga que haberlas para todas las cuestiones morales. El problema de esta respuesta es que la crítica de Dworkin puede ser dirigida nuevamente con respecto a este grupo limitado de casos. Sobre esta cuestión, Kramer aclara que, obviamente, el ILP debe al menos suponer que la mayoría de los casos poseen una única respuesta correcta, porque si no la crítica de Dworkin volvería a cobrar fuerza. De todas formas, Kramer sostiene que la recuperación de esta crítica no es problemática, incluso observa que algunos defensores del ILP consideran positivo que existan ciertos casos en

¹¹⁰⁶ *Cfr.* Kramer, M., “Coming to Grips with the Law: In Defense of Positive Legal Positivism”, *cit.*, nota 988, p. 194.

¹¹⁰⁷ *Idem.*

¹¹⁰⁸ *Idem.*

los que los jueces no descubren el derecho, sino que lo crean. En definitiva, para Kramer, esta reedición de la crítica de Dworkin parece terminar en el viejo tema de la distinción entre las reglas claras o con significado central y las reglas en zona de penumbra.¹¹⁰⁹

Además de este argumento, para Kramer existe una segunda vía para superar la crítica de Dworkin sobre la objetividad moral. Esta vía sugiere que por más que exista una pequeña cantidad de casos en los que el derecho se establece por medio de preguntas morales que no poseen usualmente una única respuesta correcta, la solución a este problema puede encontrarse en el contexto institucional específico de ese derecho. Así, una norma de un sistema jurídico específico, cuya validez depende de una cuestión moral que no posee una única respuesta correcta, puede ser considerada como válida o inválida en virtud de un acuerdo unánime o casi unánime entre el Poder Legislativo y el Judicial. De hecho, el Poder Legislativo puede tener expectativas sobre como resolverá esta cuestión el Poder Judicial.¹¹¹⁰ En definitiva, Kramer afirma que cuando el ILP sostiene que los principios morales pueden servir como criterio para que los funcionarios identifiquen las normas jurídicas no ha excluido la posibilidad de caracterizar la creencia de los funcionarios —en circunstancias adecuadas— como parte de las condiciones verdaderas para las proposiciones sobre la validez y el contenido de esas normas jurídicas. Así, si bien la clasificación que hace el ILP de algunos principios morales como criterios de validez de algunos sistemas jurídicos es típicamente una tesis sobre condiciones verdaderas establecidas por los principios, también constituye a veces una tesis sobre condiciones verdaderas establecidas por las creencias de los funcionarios sobre los principios. Más allá de esto, para Kramer, es “invariablemente una tesis sobre el tenor de los juicios y declaraciones que hacen los funcionarios cuando invocan los principios morales a fin de decidir lo que es el derecho”.¹¹¹¹

Himma observa algunos problemas en la solución propuesta por Kramer al problema de la objetividad de la moral, pues considera que el análisis de Dworkin sólo puede solucionar los problemas del ILP si es correcto. De hecho, observa que la visión de Dworkin no solo es disputada por los escépticos externos a los que desafía, sino también por los metaéticos que consideran que existe una diferencia clara entre una ética nor-

1109 *Idem*, pp. 195 y 196.

1110 *Ibidem*, p. 197.

1111 *Ibidem*, p. 200.

mativa y la metaética. En definitiva, para Himma, el análisis de Kramer reemplaza al de Hart por uno más estrecho pero igualmente controvertido; ya que éste depende de que Dworkin tenga razón al pensar que el objetivismo moral es una tesis moral y no metafísica. Además, para Himma, Kramer confunde algunas nociones relevantes de la metaética. En concreto, Kramer confunde o utiliza indistintamente realismo moral y objetivismo moral. Para Himma, el objetivismo moral es una teoría sobre las condiciones para un juicio moral y puede ser caracterizada como una teoría epistémica o como una teoría lógica o semántica. En cambio, el realismo moral es una teoría sobre lo que es real y por esto es una teoría ontológica.¹¹¹²

De esta forma, mientras que Hart afirma que el ILP presupone un cierto objetivismo moral, Kramer argumenta que la visión de Dworkin sobre la objetividad moral muestra cómo el ILP no es una hipótesis realista ontológica. Sin embargo, para Himma, esto dice poco sobre si el ILP presupone la objetividad de los principios morales. Por esto, Himma considera que lo que se necesita para corregir la “concesión” de Hart es un argumento que demuestre que el contenido de un principio moral puede ser incorporado en el derecho incluso si el objetivismo moral es falso. Kramer estuvo cerca de esto, sin embargo sólo logró probar que el derecho puede incorporar las creencias del legislador sobre la moral, cuestión que pocos teóricos niegan.¹¹¹³ Aún más, si las creencias sobre los principios morales pueden incorporarse al derecho, se sigue que el intersubjetivismo moral es compatible con la tesis de la incorporación. Así, abrazar el objetivismo moral no necesariamente implicaría tomar posiciones ontológicas misteriosas, que es lo que preocupaba a Kramer.¹¹¹⁴

Por otra parte, Himma advierte que la afirmación de Kramer acerca de que la “concesión” de Hart es poco feliz, no va acompañada por una explicación acerca de que el ILP esté vinculado al objetivismo moral. Pareciera que el problema es obvio y por eso no necesita ser explicado. Dworkin, en cambio, sí explica por qué el positivismo jurídico no debe asumir un objetivismo moral. Para este autor, la objetividad moral es inconsistente con otras tesis del positivismo porque: (1) las condiciones verdaderas de las proposiciones del derecho no incluyen nada más que

¹¹¹² Cfr. Himma, K., “Incorporationism and the Objectivity of Moral Norms”, *Legal Theory*, 5, núm. 4, 1999, pp. 419-422.

¹¹¹³ *Ibidem*, pp. 422 y 423.

¹¹¹⁴ *Ibidem*, pp. 424 y 425.

condiciones históricas; (2) se busca una base objetiva de las proposiciones del derecho independiente de controvertidas teorías morales, metaéticas u ontológico morales. De hecho, Himma considera que para Dworkin 1 implica la tesis social, y 2 implica la tesis de la separabilidad. Para Himma, ambas afirmaciones son problemáticas, ya que 1 comete una petición de principio contra el ILP al identificar positivismo jurídico con ELP, y 2 toma la tesis de la separabilidad como si proveyese una separación ontológica entre el derecho y la moral, es decir, una separación mucho más fuerte que la propuesta por Hart y otros positivistas, para los que esta tesis sólo implica que no existe una conexión *necesaria* entre el derecho y la moral, aunque de hecho puedan existir algunas conexiones contingentes.¹¹¹⁵

Para Himma, Hart rechaza 1 en el *Postscript* y en vez de desafiar 2, modifica la tesis del ILP para evitar cualquier compromiso con una teoría moral controvertida. Hart tiene serias dudas sobre el objetivismo moral. De hecho, para Himma, no hay nada esencial en su proyecto que descance en la objetividad de las normas morales. En contraste, muchas teorías del derecho, incluyendo la de Dworkin, presuponen un compromiso con la objetividad moral. Para Himma, en ausencia de un argumento persuasivo para pensar que la tesis de la separabilidad es inconsistente con el compromiso con un objetivismo moral, no existe una razón para pensar que únicamente el positivismo se encuentra incapacitado para aceptar esa visión. Así, en definitiva, “si un compromiso con el objetivismo moral es un problema para el positivismo incluyente, también lo es para la mayoría de las teorías interesantes del derecho y la adjudicación”.¹¹¹⁶

En cuanto a la intervención de Soper sobre esta cuestión, Himma considera que este autor acierta al sostener que lo que movió a Hart a adoptar el ILP es que, si no adoptaba esta postura y el objetivismo moral es cierto, los jueces legislarían cuando aplican estándares morales. Sin embargo, Soper cree que la opción de Hart es problemática desde el punto de vista de la moral política, porque implica incertidumbre sobre la legitimidad de las decisiones de los jueces. El problema es que no se puede saber cuándo un juez crea derecho nuevo equivocadamente sin saber primero si el objetivismo moral es correcto. De esta manera, el problema re-

1115 *Ibidem*, pp. 425 y 426.

1116 *Ibidem*, p. 430.

sulta similar al que surge cuando se toman las decisiones judiciales con base en un derecho indeterminado. Así, se puede decir que estas decisiones son contrarias al ideal liberal democrático, además de que resulta injusto aplicar a los ciudadanos un derecho que no conocen. Para Himma, sin embargo, Hart no comparte estas críticas. Su respuesta y análisis en este punto es consecuencialista. Por ello, justifica la creación de derecho por los jueces en los beneficios que trae llenar las lagunas. En contraste con la propuesta de Soper, Himma observa que para Hart la discrecionalidad judicial se da cuando no existe un estándar jurídico objetivo que dicte una única respuesta correcta para el caso, y no en la ausencia de un estándar jurídico objetivo que limita la decisión del juez. Esto implica, para Himma, que el juez puede crear nuevo derecho —legislar—, incluso cuando su decisión se encuentra limitada por estándares jurídicos. De esta forma, se aclara que la incorporación de la moral al derecho no necesariamente excluye la posibilidad de la discrecionalidad judicial. En conclusión, para Himma, si la afirmación de Hart sobre el problema de la objetividad de la moral es problemática, sus dificultades no derivan de una cuestión sobre la legitimidad de la discrecionalidad judicial, porque la discrecionalidad judicial es posible incluso si el objetivismo moral es verdadero.¹¹¹⁷

En síntesis, Himma sostiene que

la creencia de Hart de que la tesis de la incorporación presupone el objetivismo moral, no plantea problemas significativos a su teoría general del derecho. Primero, la tesis de la separabilidad, bien construida, es consistente con un compromiso con el objetivismo moral. Segundo, no hay nada esencial en el proyecto teórico de Hart que descance en la objetividad de las normas morales. Como hemos visto, Hart subraya que solamente abandonará la tesis de la incorporación si el objetivismo moral es demostradamente falso. Finalmente, debido a que la creación judicial del derecho es posible más allá de si el objetivismo moral es correcto, la reserva de Hart no puede ser problemática por su relación con la pregunta sobre la legitimidad judicial.¹¹¹⁸

¹¹¹⁷ *Ibidem*, pp. 431-434.

¹¹¹⁸ *Ibidem*, p. 434.

Todo esto, lleva a Himma a concluir que, debido a que Hart duda sobre la objetividad de los valores morales, la reserva que realiza sobre esta cuestión no debe ser considerada ni sorprendente ni problemática.¹¹¹⁹

Más allá de esta respuesta al problema que podría suponer para Hart aceptar la objetividad de la moral, en un trabajo reciente, Himma retoma una idea meramente esbozada. Para Himma, la objetividad de la moral no supone una dificultad para el ILP porque esta teoría no necesita sostener —como hace Hart— que su viabilidad depende de que la moral sea objetiva. En concreto, Himma cree que el ILP es compatible con la versión del relativismo moral que sugiere que el contenido de la moral es determinado intersubjetivamente por las creencias convergentes de los miembros de una cultura. Por ello, afirma que si este relativismo cultural es verdadero, una regla de reconocimiento que incorpora la moral al derecho hace que la validez de las normas dependa de que éstas sean consistentes con un grupo de convenciones sociales. Así, para Himma, Hart sólo debe preocuparse de un subjetivismo extremo —que considere que el contenido de la moral depende de las creencias subjetivas de los individuos—. Sin embargo, versiones moderadas del subjetivismo, como puede ser el relativismo cultural normativo, no generan problemas lógicos para la tesis de la incorporación.¹¹²⁰ Además, aclara que si el relativismo cultural es verdadero, esto no hace que el ILP y el ELP terminen siendo lo mismo porque las normas que son válidas bajo una regla de reconocimiento incluyente son válidas según su conformidad con las normas morales relevantes, y no porque poseen una fuente social particular. Si bien bajo un relativismo cultural normativo una regla de reconocimiento que requiere a los funcionarios tratar como derecho a aquellas normas que satisfacen algunos estándares morales es extensionalmente (*extensionally*) equivalente a una regla de reconocimiento que requiere a los funcionarios que traten como derecho aquellas normas que son aceptadas bajo algunas condiciones culturales, estas reglas de reconocimiento son intensionalmente o analíticamente (*intensionally or analytically*) distintas. Para Himma, esta diferencia es suficiente para mantener una distinción teórica entre el ILP y el ELP.¹¹²¹

1119 *Idem*.

1120 Cfr. Himma, K., “Final Authority to Bind with Moral Mistakes: On the Explanatory Potential of Inclusive Legal Positivism”, *cit.*, nota 997, pp. 32 y 33.

1121 *Ibidem*, pp. 33 y 34, n. 34.

Aún más, para Himma, si el objetivismo moral es verdadero, es más difícil que el ILP se dé en la práctica, porque en este caso es considerablemente más difícil que los funcionarios converjan en una práctica que logre que el cumplimiento de los requerimientos morales sea una condición necesaria o suficiente de validez jurídica. A su juicio, si bien el ILP es compatible tanto con el objetivismo moral como con un subjetivismo moderado, el poder explicativo de esta teoría es mucho más limitado desde el objetivismo moral que desde un subjetivismo moderado.¹¹²²

En este sentido, resalta que es un requisito necesario de un sistema incluyente genuino que los funcionarios tengan algún modo de identificar correctamente los requerimientos de la moral que están relacionados con el criterio de validez. El problema, para Himma, es que, si la moral es objetiva, está claro que nos falta una metodología general que nos permita determinar de forma fiable qué es lo que requiere dicha moral. Esto puede observarse por ejemplo en el hecho de que las personas razonables con cierta capacidad intelectual no están de acuerdo en muchas cuestiones morales importantes. De hecho, observa que en la práctica los sistemas jurídicos incorporan normas morales generales —relacionadas con la justicia o legitimidad moral de las normas— cuyo contenido es controvertido. De todo esto se concluye que si la moral es objetiva, si bien la tesis de la incorporación es conceptualmente posible, no ilumina las prácticas jurídicas existentes porque en la mayoría de los casos no nos encontramos en una posición epistémica que nos permita verificar de forma segura los requerimientos de la moral que están relacionados con el criterio de validez.¹¹²³

Fuera del ámbito anglosajón, algunos autores también se han referido a esta cuestión. Por ejemplo, Moreso esboza la posibilidad de aceptar el objetivismo moral como un recurso que posee el ILP para superar el argumento de la controversia; aunque, para este autor, esta no es la única respuesta posible que le queda al ILP frente a esta cuestión. Moreso es consciente de los problemas que supone asumir la objetividad de la moral para el positivismo jurídico hartiano. Por ello, trata de demostrar que hay un tipo de objetivismo moral que es compatible con diferentes teorías metaéticas y con muchas teorías éticas sustantivas. Al comenzar su análisis, Moreso advierte que generalmente el problema de la objetividad

¹¹²² *Ibidem*, p. 35.

¹¹²³ *Ibidem*, pp. 42-45.

moral se asocia al problema del realismo moral. Es decir, al hecho de si existen hechos o propiedades morales independientes de nosotros —ahí fuera— y capaces de hacer verdaderos nuestros juicios morales. El problema, para Moreso, es que se ha pensado que una respuesta contraria al realismo moral implica una respuesta no cognoscitivista sobre la moral, es decir, que los juicios morales no son aptos para la verdad. Además, esto parece implicar que fuera del realismo moral no parece haber lugar para la objetividad moral, es decir, no parece haber lugar para acuerdos racionales en términos morales.¹¹²⁴

Para Moreso, este razonamiento contiene algunos pasos no justificados. Por un lado, el antirrealismo moral no implica un no cognoscitivismo moral, y además, ninguno de los dos implica el rechazo del objetivismo moral. Esto es así por más que el realismo moral conlleve un cognoscitivismo y un objetivismo moral. Por el otro, es posible rechazar el realismo moral, negando la existencia de propiedades morales en el mundo, sin que por esto se nos imponga el no cognoscitivismo. De esta manera, para Moreso, “hay un espacio conceptual para el antirrealismo cognoscitivista”. Aún más, “es posible sostener que los juicios morales son reducibles a prescripciones [como hace Kant] y dejar un amplio espacio para la objetividad, entendida como acuerdo racional, en moral”.¹¹²⁵ Con todo esto, Moreso ha intentado demostrar que la objetividad moral no es inconsistente con un amplio espectro de perspectivas filosóficas sustantivas y, además, que la posibilidad de la objetividad en cuestiones morales, en el sentido de acuerdos racionales, socava el argumento de la controversia. Al terminar esta argumentación, Moreso sugiere que existen razones para abandonar toda posición moral objetivista que considera que la elección de los *axiomas* (de los principios y valores básicos) de los sistemas morales es una cuestión no sujeta a la racionalidad. En síntesis, Moreso propone abandonar este tipo de fundamentalismo epistemológico y suscribir una estrategia epistemológica coherentista.¹¹²⁶

1124 *Cfr.* Moreso, J. J., “En defensa del positivismo jurídico incluyente”, en Navarro, P. E. y Redondo, M. C. (eds.), *La relevancia del derecho: Ensayos de filosofía jurídica, moral y política, cit.*, nota 224, pp. 97 y 98.

1125 *Ibidem*, p. 99.

1126 *Idem*. En un trabajo posterior, Moreso defiende la objetividad de la moral contra dos amenazas independientes: el escepticismo y el relativismo moral. Moreso realiza este esfuerzo porque considera que solamente garantizando un espacio para la objetividad de la moral se puede asegurar un lugar estable a los derechos en nuestro diseño institucional. *Cfr.* Moreso, J. J., “El reino de los derechos y la objetividad de la moral”, en Diccionario de Filosofía Jurídica, cit., nota 224, pp. 97 y 98.

Como se ha anticipado, Moreso también sostiene que el rechazo del objetivismo moral no obliga al abandono del ILP. A su juicio, los enfoques no cognoscitivistas suelen tener como referencia juicios morales que usan conceptos morales ligeros que, tal vez, poseen sólo una dimensión prescriptiva —como “bueno”, “deber”—. No obstante, para Moreso, el discurso moral contiene también conceptos morales densos —tales como “trato degradante”, “honesto”—. De hecho, considera que este último tipo de conceptos morales son los que normalmente integran nuestras constituciones. En definitiva, debido a que para Moreso es difícil negar que pueda haber un conocimiento acerca de los conceptos morales densos, las normas que incorporan este tipo de conceptos son aptas para la verdad y la objetividad. Esta conclusión le permite afirmar que la aplicación de las disposiciones que contienen predicados morales no es siempre discrecional. En síntesis, para este autor cuando nos enfrentamos a conceptos disputados que recurren a la moral, se puede advertir que estos conceptos tienen un componente descriptivo indiscutible que permite identificar casos paradigmáticos. En estos casos —y en los suficientemente cercanos a éstos—, los jueces aplican estándares preexistentes y no cambian el derecho. En cambio, en los casos en que diferentes concepciones compiten y resuelven el caso de formas incompatibles, los jueces ejercitan su discrecionalidad.¹¹²⁷

Otro positivista incluyente que se ocupa del problema de la objetividad de la moral es Villa. El profesor italiano considera que debido a que el ILP admite la presencia de contenidos valorativos en el derecho, sin que esto implique necesariamente discrecionalidad judicial —en sentido fuerte—, puede serle legítimamente asignado un cierto tipo de objetividad moral. Sin embargo, rápidamente aclara que este tipo de objetividad

ti, E. (ed.), *Diritti umani ed oggettività della morale*, Siena, Dipartimento di Scienze Storiche, Giuridiche, Politiche e Sociali, 2003, pp. 9-40.

1127 Resta observar que para Moreso el uso de los conceptos morales densos no hace referencia a un uso de la moral social, es decir, a un uso desprovisto de dimensiones evaluativas. A su juicio, esto es así porque el intérprete del concepto moral denso precisa moldear el concepto, ponerlo en relación con otros conceptos e, inevitablemente para moldear los conceptos morales es necesario disponer de un trasfondo moral sobre el cual trabajar. Además, para que el uso de los conceptos morales densos implique solamente el uso de la moral social debería poder separarse netamente la dimensión descriptiva de la dimensión prescriptiva de los conceptos morales densos. *Cfr.* Moreso, J. J., “En defensa del positivismo jurídico incluyente”, en Navarro, P. E. y Redondo, M. C. (eds.), *La relevancia del derecho: Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, cit., nota 224, pp. 99-101.

no es de corte realista.¹¹²⁸ De hecho, Villa observa cómo el ILP y el neo-iusnaturalismo deciden de diferente forma los casos difíciles. El primero parece decidir conforme a la ética incorporada al sistema jurídico. En cambio, el segundo decide conforme a la solución ética que mejor observa en la ética ideal, externa al derecho positivo y supuestamente objetiva, sin tener en cuenta la mejor respuesta ética desde el punto de vista de la “moral interna” del derecho.¹¹²⁹

En concreto, Villa pretende formular un ILP propio, presentando una versión constructivista que intenta trazar una vía media entre el objetivismo fuerte y el relativismo fuerte, es decir, una vía entre la objetividad metafísica y una objetividad epistémica. Para esto, propone abandonar la concepción descriptiva del lenguaje jurídico, y reconocer la presencia de juicios de valor en el interior de este tipo de discurso. En este sentido, para Villa los estudiosos del derecho de inspiración iuspositivista pueden legítimamente adoptar el punto de vista externo moderado, y sin embargo estar en condición de expresar juicios de valor.¹¹³⁰

En definitiva, cuando esta propuesta incluyente constructivista busca una alternativa entre el realismo fuerte y el relativismo fuerte, lo que intenta es superar la trampa tendida por Dworkin a Hart, tratando de ofrecer una versión del ILP que no necesite recurrir a un objetivismo fuerte, como sugiere Dworkin y parece aceptar Hart.

Por último, Ródenas también ha esbozado una alternativa de positivismo incluyente que otorga un carácter mixto al tipo de razonamiento que demandan nuestras prácticas jurídicas que incorporan la moral al derecho. Esta reconstrucción del razonamiento jurídico —la más plausible a juicio de la autora—, por un lado, integra elementos convencionales, es decir, las convenciones expresas ejemplificadas en los casos paradigmáticos; pero, por el otro, requiere por parte del intérprete un proceso deliberativo en el que tienen cabida determinados principios morales autónomos, y que está encaminado al esclarecimiento de los criterios

1128 Cfr. Villa, V., “Alcune chiarificazioni concettuali sulla nozione di *inclusive positivism*”, en Comanducci, P. y Guastini, R. (eds.), *Analisi e diritto 2000: Ricerche di giurisprudenza analitica*, cit., nota 846, p. 257.

1129 Cfr. Villa, V., “Inclusive Legal Positivism e Neo-Giusnaturalismo: Lineamenti di una Analisi Comparativa”, *Persona y derecho*, cit., nota 825, pp. 70 y 71.

1130 Cfr. Villa, V., “Alcune chiarificazioni concettuali sulla nozione di *inclusive positivism*”, en Comanducci, P. y Guastini, R. (eds.), *Analisi e diritto 2000: Ricerche di giurisprudenza analitica*, cit., nota 846, pp. 279-288.

convencionales implícitos.¹¹³¹ Las particularidades de las diversas propuestas incluyentes —incluidas las que se han comentado aquí—, estas serán expuestas más adelante.

B. Críticas al inclusive legal positivism relacionadas con el problema de la objetividad moral

Junto con otras críticas al ILP, Pozzolo ha ofrecido también una objeción relativa al problema de la objetividad de la moral. Después de hacer una serie de disquisiciones acerca de los diferentes significados que se asignan a los términos “moral” y “validez”, Pozzolo observa que el ILP —en concreto, la versión de Waluchow— exige un objetivismo moral. De no ser así, los jueces decidirían discrecionalmente cuando aplican estándares morales. Además, el ILP no podría, de hecho, pretender que los principios y los valores morales sean criterios de validez para determinar el contenido de una regla si no son objetivos. Todo esto permite a Pozzolo concluir que hablar de moral sin especificar el sentido con el que se utiliza este término, como hace el ILP, produce argumentaciones normativas camufladas de descriptividad, e indica, de hecho, la adopción de una perspectiva normativa, esto es, una perspectiva que no está dirigida a conocer el derecho como es sino a prescribir cómo se desearía que fuera. Para Pozzolo, tales teorías, en realidad, están dirigidas —sean conscientes o no de ello— a ofrecer criterios para evaluar el derecho, configurándose como política o metapolítica del derecho.¹¹³²

Leiter también critica al ILP con un argumento relacionado con el problema de la objetividad de la moral. En primer lugar, Leiter busca probar que es imposible que un sistema jurídico ILP logre —por la vaguedad de la moral— cumplir su función de ofrecer un grupo determinado de estándares públicos para guiar las conductas privadas y las de los funcionarios. Con esta finalidad, formula su argumento en términos semánticos: así, afirma que es una característica distintiva de las reglas de reconocimiento el que puedan cumplir una función epistémica, para que al menos los funcionarios puedan reconocer el derecho y por lo menos exista la mayoría del tiempo un grado razonable de certidumbre. Enton-

1131 Ródenas, A., “¿Qué queda del positivismo jurídico?”, *Doxa, cit.*, nota 823, p. 446.

1132 Cfr. Pozzolo, S., “Riflessioni su *inclusive e soft positivism*”, en Comanducci, P. y Guastini, R. (eds.), *Analisi e diritto*, Torino, Giappichelli, 1998, pp. 242-244.

ces, la afirmación conceptual sería que no hay un sistema jurídico cuando los funcionarios no pueden reconocer el derecho con un alto grado de certeza la mayoría del tiempo. Ello implica que el ILP no es, en principio, compatible con esta función epistémica esencial de la regla de reconocimiento.¹¹³³

Por otra parte, Leiter sostiene que para que una regla de reconocimiento incluyente logre cumplir con esta función epistémica tienen que darse dos condiciones: (1) tiene que haber verdades morales; (2) éstas deben poder ser conocidas casi todo el tiempo. Leiter considera que existen pocas razones para pensar que el ILP puede cargar con las pesadas demandas metafísicas y epistémicas que supone su aplicación. Por ello, concluye que el ILP no es compatible con la función epistémica de la regla de reconocimiento. Además, aclara que la observación de Waluchow, que recuerda que incluso las reglas de reconocimiento que satisfacen la tesis de las fuentes pueden envolver incertidumbre, no es aceptable. Leiter reconoce que esto es cierto, pero a su juicio el positivismo jurídico no pretende eliminar del todo la incertidumbre. El problema para el ILP es que implica un grado de incertidumbre que parece imposibilitar a la regla de reconocimiento cumplir con su función epistémica. De hecho, para Leiter, esta es la razón por la que Hart concede que de alguna manera el ILP requiere de la objetividad de la moral.¹¹³⁴

Por último, Leiter rechaza la afirmación de Hart que sugiere que en la práctica es lo mismo si un juez que decide con base en un juicio moral lo hace aplicando derecho preexistente, o si lo hace creando nuevo derecho.¹¹³⁵ En primer lugar, Leiter no entiende por qué es relevante en esta discusión que se produzca una diferencia en la práctica. Para este autor, lo que se busca son comprensiones teóricas correctas del fenómeno social. Por ello, es suficiente para derrotar una teoría que la misma implique un dilema insoluble. Además, para Leiter, esta cuestión genera diferencias prácticas de dos maneras: (1) en tanto que la incorporación de criterios morales es el equivalente a otorgar pura discrecionalidad a los jueces, los jueces que no estén de acuerdo con la discrecionalidad pueden evadir lo sustancial del test —moral— y apelar a consideraciones

¹¹³³ Cfr. Leiter, B., “Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis”, en Coleman, J., *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, cit., nota 576, p. 360.

¹¹³⁴ *Ibidem*, p. 361.

¹¹³⁵ Cfr. *supra*, capítulo tercero, epígrafe I.2.

más familiares como la intención, el consenso comunitario, el sentido pleno; (2) si el objetivismo metafísico es correcto, entonces parece que necesariamente hará una diferencia práctica sobre cómo los jueces deben decidir. Por todo ello, Leiter concluye que si estos puntos son correctos y si Hart tenía razón al afirmar que la teoría jurídica debe evitar usar teorías filosóficas controvertidas sobre los juicios morales, el ILP es insostenible.¹¹³⁶

Escudero también ha observado el problema de la falta de claridad del ILP en lo que respecta a la moral. Este autor observa que la moral de referencia, sea crítica o social, presenta problemas para el ILP. A su juicio, si se opta por considerar que la moral de referencia es social, lo que se está haciendo es contrario a lo que se pretendía. Es decir, se está reafirmando la idea de que el material normativo jurídico no puede depender de otra cosa que no sean hechos o prácticas sociales. La otra opción implica aceptar un objetivismo moral que no parece muy coherente con la pretensión positivista de ser una teoría del derecho que permanezca al margen de las disputas sobre la naturaleza de los valores morales y de los juicios de valor. Además, la aceptación de un objetivismo moral por parte del ILP también parece eliminar la tesis de la discrecionalidad judicial.¹¹³⁷

Al analizar una crítica a la posibilidad de que el derecho sea identificado objetivamente, Marmor realiza una serie de observaciones relativas al problema de la objetividad de la moral en el ILP. Marmor analiza un argumento que cuestiona la objetividad del derecho del siguiente modo: (1) se afirma que los criterios de validez y la aplicación de esos criterios están profundamente afectados por consideraciones morales o valorativas; (2) se sostiene que las consideraciones morales o valorativas son esencialmente subjetivas; (3) entonces, la identificación del derecho es subjetiva. Marmor considera que este tipo de argumento no puede ser aplicado al ELP, porque éste rechaza 1. Sin embargo, sí puede aplicársele al ILP. Por esto, para superar este argumento el ILP sólo puede rechazar 2. En definitiva, para Marmor el ILP debe afirmar que las considera-

1136 Cfr. Leiter, B., "Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis", en Coleman, J., *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, cit., nota 576, pp. 362 y 363.

1137 Cfr. Escudero, R., *Los calificativos del positivismo jurídico*, cit., nota 936, pp. 249-254.

ciones morales o valorativas que sirven para identificar el derecho son objetivas.¹¹³⁸

Como se ha visto,¹¹³⁹ para Bayón, el ILP o bien no es convencionalista o bien no puede pretender diferenciarse del ELP. Bayón, como otros, observa que afirmar que las normas que dependen de su contenido son derecho preexistente implica que éstas han de poseer alguna clase de objetividad, sea porque su existencia es convencional o porque se acepta alguna clase de objetivismo moral. En el primer caso, la objetividad de la norma puede depender de las creencias compartidas de la comunidad correspondiente. Así, habría un núcleo claro y una zona de penumbra. El problema es que esta posibilidad se asemeja demasiado al ELP. En el segundo caso, el ILP podría afirmar que una convención puede establecer que ciertas normas cuentan como derecho por su corrección moral, aunque esto implique aceptar un objetivismo moral. Por lo tanto, para Bayón, la pretensión del ILP de ser diferente al ELP y seguir siendo fiel al convencionalismo, “se asienta sobre la idea de una convención de seguir criterios no convencionales, y resulta insostenible sin ella”.¹¹⁴⁰ Ahora, si esta idea resulta inaceptable por razones conceptuales —cuestión que ya ha sido explicada—, el ILP se enfrenta al dilema siguiente: o abandona el convencionalismo o abandona la pretensión de diferenciarse del ELP. En definitiva, para Bayón, por más que la moral sea objetiva, igualmente el ILP tiene un problema. Esto se debe a que la presunta convención de seguir criterios no convencionales —que deben asumir las versiones del ILP que a juicio de Bayón son aceptables— o bien es una convención sólo aparente, o bien su contenido en realidad no es el de seguir criterios no convencionales.¹¹⁴¹

II. LAS ÚLTIMAS VERSIONES DEL *INCLUSIVE LEGAL POSITIVISM* Y EL DEBATE INTERNO

Hasta aquí se ha desarrollado la disputa que dio origen al ILP, se ha expuesto cómo continuó evolucionando gracias a su debate contra Dwor-

1138 Cfr. Marmor, A., *Positive Law and Objective Values*, cit., nota 604, p. 141.

1139 Cfr. *supra*, capítulo quinto, epígrafe I.1.

1140 Bayón, J. C. “Derecho, convencionalismo y controversia”, en Navarro, P. E. y Redondo, M. C. (eds.), *La relevancia del derecho: Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, cit., nota 224, p. 74.

1141 *Ibidem*, p. 75.

kin y el ELP, y cómo ha llegado a convertirse en una versión del positivismo jurídico ampliamente debatida y refutada. A estas alturas sólo resta observar algunas diferencias que existen entre los distintos defensores del ILP. En lo que respecta a sus principales exponentes, esta tarea ya ha sido debidamente realizada en el tercer capítulo, y en los siguientes se ha mostrado también la evolución de autores como Waluchow y Coleman. Por esta razón, a continuación se expondrán sólo aquellas versiones del ILP —derivadas de algunas propuestas de los principales exponentes de esta teoría— que han ido surgiendo con posterioridad y que, de alguna manera, se distinguen de las que ya han sido desarrolladas. Asimismo, se hará referencia al debate interno entre los incluyentes. De la exposición podrá concluirse que el refinamiento de sus tesis no sólo surge de la discusión con Dworkin y con el ELP, sino también de su propio debate interno.

1. La defensa de Moreso del inclusive legal positivism

Moreso se propone defender el ILP porque considera que es la versión del positivismo jurídico más conveniente para tener en cuenta ciertas características de los sistemas jurídicos de las democracias constitucionales actuales. En primer lugar, Moreso observa lo problemática que parece la afirmación del ELP que sugiere que cada vez que el derecho recurre a la moral, los jueces tienen necesariamente discrecionalidad. A su juicio, el ELP proporciona una imagen insatisfactoria del derecho, porque aplicada a las Constituciones actuales —que suelen recurrir a estándares morales— generaría que los funcionarios poseyeran una casi absoluta discrecionalidad para resolver los casos jurídicos.¹¹⁴²

Explicado esto, Moreso dedica sus esfuerzos a defender una versión del ILP que sea capaz de superar los argumentos que han ido surgiendo contra él. En este sentido, ya se han expuesto oportunamente las objeciones que opone este autor contra los argumentos de la controversia, de la diferencia práctica y de la autoridad. Ahora, bastará con completar el desarrollo de la defensa que hace este autor del ILP, exponiendo el único de los argumentos que todavía no se ha desarrollado y que versa sobre la naturaleza del ILP y de la teoría del derecho dworkiniana.

¹¹⁴² *Ibidem*, pp. 93-97.

Como puede ser observado en la crítica de Dworkin contra el convencionalismo positivista —desarrollada, en parte, en este capítulo y, en parte, en el capítulo segundo—, éste autor considera que el ILP es altamente inestable y genera la destrucción de las tesis centrales del positivismo jurídico, adoptando una versión poco desarrollada de la visión del derecho como integridad. De hecho, Dworkin considera que el ILP sostiene un tipo de convencionalismo que incluye todo lo que está implícito en una convención. Para Dworkin, el ILP utiliza un método de abstracción imposible de contener o limitar, que transforma todo desacuerdo en una convención más abstracta. Moreso aprovecha esta observación de Dworkin contra el ILP —denominado el “argumento del colapso”—, para atacar la teoría dworkiniana. La estrategia utilizada retuerce el argumento de Dworkin, intentando demostrar que no es el ILP el que colapsa en un antipositivismo, sino que es la visión del derecho como integridad la que termina en un tipo de ILP.¹¹⁴³

De esta forma, Moreso procura demostrar que la concepción del derecho como integridad de Dworkin está de acuerdo con las tesis positivistas de las fuentes sociales y de la separabilidad. Además, busca probar que el rechazo de Dworkin de la tesis de la discrecionalidad depende de su visión de la práctica jurídica como práctica interpretativa de carácter especial, versión que no parece coherente con el resto de su teoría. Este autor sostiene que Dworkin acepta un mínimo elemento del convencionalismo en la etapa de la identificación del derecho, porque afirma que es necesario un consenso para que la posición interpretativa sea fructífera. Para Moreso, esto es suficiente para atribuirle alguna versión de la tesis de las fuentes. Lo mismo ocurre, a su juicio, con la tesis de la separación entre el derecho y la moral, ya que Dworkin está dispuesto a admitir que aunque el derecho nazi era injusto, no por eso dejaba de ser derecho —al menos en su sentido preinterpretativo—. Con respecto a la tesis de la discrecionalidad, si bien es obvio que Dworkin la rechaza, para Moreso las razones de tal rechazo no resultan compatibles con su análisis convencionalista, ni con su rechazo del realismo moral. Por todo esto, concluye que no sólo el ILP no colapsa en la teoría dworkiniana, sino que “la posición de Dworkin es solamente una forma especialmente optimista del PJI [o ILP]”.¹¹⁴⁴

¹¹⁴³ *Ibidem*, pp. 102 y 103.

¹¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 103.

2. *La propuesta de Ródenas*

Ródenas ha propuesto una particular versión del ILP. En su trabajo “¿Qué queda del positivismo jurídico?”, dedica parte de su esfuerzo a demostrar que las tensiones internas del derecho minan la tesis fuerte del positivismo jurídico —ELP—. Es decir, que hay factores internos al derecho que ponen en tela de juicio la tesis fuerte del positivismo jurídico. Para esta autora, esta versión del positivismo sería correcta si los sistemas jurídicos siempre pudiesen atrincherar las reglas con perfecta autonomía semántica de sus razones subyacentes. El problema, a su juicio, es que un sistema jurídico de este tipo adolecería de algunas insuficiencias y estaría abocado a cometer determinados excesos, que son el fruto de las tensiones internas al derecho causadas por el carácter dual de las razones que incorpora: razones autoritativas y valores jurídicos. La tesis de esta autora es que, al menos en los sistemas jurídicos desarrollados, existen determinadas ocasiones en las que hacer depender el reconocimiento del derecho de juicios de valor no sólo no contraviene lo que el derecho requiere a los funcionarios, sino que, por el contrario, viene exigido por éste.¹¹⁴⁵

Así, esta autora sostiene que los juicios de valor operan en el momento de la aplicación del derecho en un doble sentido: (1) “haciendo, por un lado, que normas que, de acuerdo con los criterios autoritativos fijados en el sistema de fuentes, no serían identificables como derecho, resulten ser, no obstante, aplicables (...) y [2], por otro lado, que normas autoritativamente identificadas como derecho resulten, pese a ello, inaplicables”.¹¹⁴⁶ En el caso de 1, y a fin de suplir las deficiencias propias de un sistema jurídico que atrincherá sus reglas de mandato, el derecho permite la incorporación de la moral al contenido del mismo. Para Ródenas, esto puede observarse, por ejemplo, cuando el legislador prevé una remisión a criterios extrajurídicos, como ocurre con los conceptos valorativos utilizados por las modernas Constituciones. En este caso el legislador renuncia a introducir propiedades descriptivas y remite a convenciones interpretativas vigentes en un determinado colectivo social. Estas convenciones pueden que no resuelvan todos los casos, pero por lo menos admitirán un conjunto de casos paradigmáticos sobre cómo deben

¹¹⁴⁵ Cfr. Ródenas, Á., “¿Qué queda del positivismo jurídico?”, *Doxa, cit.*, nota 823, p. 420.

¹¹⁴⁶ *Idem.*

aplicarse esos conceptos. Ahora bien, para esta autora éste no es el único mecanismo que permite a los operadores jurídicos aplicar normas no identificables autoritativamente. Otras posibilidades provienen del “método jurídico”—es decir, de las prácticas jurídicas interpretativas—. Así, normalmente se admiten figuras como la *analogia legis* prevista en muchos ordenamientos jurídicos, o construcciones doctrinales, como la interpretación extensiva. En el caso de 2, consideraciones basadas en valoraciones llevan a excluir la aplicación de normas que en principio eran parte del sistema jurídico. Así, existen ejemplos de mecanismos para excepcionar reglas, tanto permisivas como prohibitivas.¹¹⁴⁷ En el caso de las reglas permisivas puede mencionarse el abuso del derecho, el fraude a la ley, la desviación de poder, etcétera. En el caso de reglas prohibitivas cabe citar las causas de justificación, la objeción de conciencia, etcétera. Esta autora considera que

en el primer caso las consideraciones valorativas operarían como *condición suficiente* de la juridicidad (aunque siempre con carácter subsidiario —en ausencia de respuesta basada en los criterios autoritativos fijados en las fuentes—), [y] en el segundo caso las consideraciones valorativas serían *condición necesaria* de la juridicidad, ya que permiten excepcionar, o incluso invalidar, el derecho basado en los criterios autoritativos reconocidos en las fuentes.¹¹⁴⁸

Como ya se ha visto,¹¹⁴⁹ esta autora no considera satisfactoria la respuesta que ofrece el ELP con respecto a las referencias a la moral que hace el propio derecho. Para Ródenas, el derecho no es indiferente a los criterios que se usan para resolver estos casos. Más aún, el derecho no renuncia a juzgar estos casos, ni otorga discrecionalidad para que el juez libremente decida si aplicar o no el derecho en las circunstancias y en la dirección que estime moralmente procedente. De hecho, para esta autora esto resultaría contrario a la idea de la autoridad del derecho.¹¹⁵⁰

De todo lo expuesto, Ródenas concluye que, si bien es una característica distintiva del derecho expresarse por medio de formulaciones normativas que poseen autonomía semántica, esto no siempre es así. A ve-

¹¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 424.

¹¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 423.

¹¹⁴⁹ *Cfr. supra*, capítulo cuarto, epígrafe III.1.

¹¹⁵⁰ *Cfr.* Ródenas, Á., “¿Qué queda del positivismo jurídico?”, *Doxa, cit.*, nota 823, p. 427.

ces, el derecho sólo muestra cuáles son sus valores subyacentes y deja al aplicador la determinación de estos. Para Ródenas, éste es el caso de los conceptos valorativos. Sin embargo, como ha sido expuesto anteriormente, para esta autora ello no implica discrecionalidad judicial, pues considera que los conceptos valorativos combinan casos claros, en los que no resulta controvertido para nuestras prácticas interpretativas la aplicación de un concepto, con casos difíciles, en los que existen diversas concepciones de un mismo concepto que generan diferentes respuestas. Más allá de lo recientemente observado, sostiene que los casos difíciles no tienen por qué implicar la indiferencia del sistema jurídico. Para Ródenas, esto sólo depende de la visión que se tenga de las prácticas interpretativas. Apelando al convencionalismo profundo, que admite la existencia de convenciones por más que haya controversia sobre su criterio, Ródenas cree que tiene sentido afirmar que aun en zona de penumbra el operador jurídico carece de discrecionalidad. No obstante, aclara que asumir esta metodología coherentista no implica negar que el derecho sea limitado. Es decir, negar que existan casos más allá del trasfondo de criterios compartidos.¹¹⁵¹

Según Ródenas, tanto para la aplicación de normas no identificables autoritativamente como para la inaplicación de normas autoritativamente identificables el juez debe “basarse en un sistema de valores que le viene ya dado y del que él no es artífice; de manera que la solución que prevea para el caso pueda superar el test de la coherencia normativa o congruencia”.¹¹⁵² Estos mecanismos buscan dotar de coherencia —valorativa y

1151 *Ibidem*, pp. 430 y 431.

1152 *Ibidem*, p. 438. A partir de estas ideas, la autora propone una serie de requisitos para que los jueces puedan inaplicar una norma autoritativamente aplicable, o aplicar una norma no identificable autoritativamente. Para el primer caso, sugiere que los jueces deberían proveer argumentos que demuestren los siguientes aspectos: (1) el balance de razones que subyace a la formulación normativa cuya aplicación se pretende restringir; (2) el grave error que supondría atender sólo al significado de la formulación normativa cuando: (a) para el caso fuera del alcance de la norma, se debe demostrar que no son de aplicación las razones subyacentes a la regla cuyo peso es decisivo para inclinar el balance; (b) para una excepción a la regla, se deberá aportar otra razón adicional que ya cuente con un reconocimiento del ordenamiento jurídico —expreso o tácito—, que debería ser tenida en cuenta en el balance de razones y que tiene el peso decisivo para inclinar el balance de razones a su favor; y (3) para declarar inválida una norma, se deberá observar cómo, a la luz de otros compromisos o juicios de prevalencia entre razones que se hallan implícitos o explícitos en otras partes del sistema jurídico y que son aplicables al caso en cuestión, se aprecia un error en el nivel de las justificaciones subyacentes a las reglas.

justificativa— al sistema jurídico; es decir, generar un ajuste entre la dimensión directiva y la justificativa del derecho, entre aquello que se nos ordena y las razones por la que se nos ordena. A fin de poder cumplir esta finalidad u objetivo, Ródenas propone asumir un convencionalismo profundo que recurre a convenciones interpretativas más complejas que las puramente semánticas. Como esta autora toma esta idea de Bayón, y su posición ya ha sido oportunamente desarrollada, sólo se observarán las diferencias entre ambos.¹¹⁵³ A diferencia de lo que afirma Bayón, Ródenas cree que el convencionalismo profundo no tiene por qué descartar la ayuda de un trasfondo moral objetivo sobre el que opera el intérprete al descartar convenciones, ofrecer reconstrucciones o reformular hipótesis. No obstante, se aclara que ese trasfondo moral no sería un discurso que se libra al margen de nuestras convenciones, sino que sería un discurso condicionado por ellas. Para Ródenas, “que nuestras convenciones operen como un límite en el contenido del discurso identificativo del derecho no es razón para descartar que estemos en presencia de una forma genuina de discurso moral”.¹¹⁵⁴ Así, considera que concepciones, como la de Nino, que asumen que —con ciertas condiciones— las prácticas sociales existentes están dotadas de un cierto valor moral que debe ser tomado en consideración en el razonamiento jurídico justificatorio no hacen sino conciliar convencionalismo con objetivismo.¹¹⁵⁵

Por último, aclara que el tipo de metodología coherentista que propone no implica que el derecho sea siempre determinado y que siempre exista una única respuesta correcta. Así, por más que proponga un tipo de convencionalismo profundo, también reconoce que los límites del derecho son los límites de nuestras convenciones. Además, observa que la actividad interpretativa busca tanto resolver la indeterminación del derecho relacionada con problemas de indeterminación lingüísticos como los problemas de coherencia normativa. Para Ródenas, estos problemas se

Para el segundo caso, en el que se aplicarían normas no identificables autoritativamente, Ródenas cree que los jueces deberán tener en cuenta los enunciados que muestran directamente las razones subyacentes, como pueden ser los conceptos jurídicos indeterminados, y a las experiencias recalcitrantes causadas por el carácter infraincluyente de las formulaciones normativas, que pueden ser evitadas por medio de construcciones doctrinales como la interpretación extensiva. *Cfr. Ibidem*, pp. 435-439.

¹¹⁵³ Sobre el “convencionalismo profundo”. *Cfr.* epígrafe I.1 de este capítulo.

¹¹⁵⁴ Ródenas, Á., “¿Qué queda del positivismo jurídico?”, *Doxa, cit.*, nota 823, p. 443.

¹¹⁵⁵ *Ibidem*, pp. 441-443.

deben solucionar apelando a las convenciones establecidas que incluirán no sólo reglas semánticas, sino también convenciones interpretativas. En este esquema, la discrecionalidad entra en juego cuando la indeterminación del derecho tiene su origen en la derrotabilidad radical de las normas. En estos casos,¹¹⁵⁶ a su juicio, existen razones para apartarse del criterio que el derecho establece, a la luz de criterios externos al derecho.¹¹⁵⁷

En síntesis, Ródenas propone un tipo de ILP “que asume que los principios morales en el razonamiento moral son condición necesaria de validez jurídica y sólo subsidiariamente suficiente y, además, se asienta en el convencionalismo profundo”.¹¹⁵⁸

3. La versión constructivista de Villa

Antes de desarrollar su versión del ILP, Villa opta por presentar una definición conceptual del positivismo jurídico que permita incorporar tanto al ILP como al ELP como dos concepciones distintas de un mismo concepto. La definición de positivismo jurídico que propone consta de dos tesis: la primera es una tesis sobre el derecho —en cierto sentido ontológica—, y la segunda es una tesis sobre el conocimiento del derecho —en cierto sentido metodológica—. La primera tesis relaciona al derecho con un fenómeno positivo, normativo, convencional y contingente. La segunda tesis, sostiene que una cosa es describir el derecho y otra es tomar una posición sobre éste. Esto no implica para este autor, que la aproximación al estudio del derecho deba ser necesariamente avalorativa. En definitiva, como dentro de esta definición de positivismo jurídico caben tanto el ELP como el ILP, estas versiones del positivismo representan dos concepciones posibles y discutibles del positivismo jurídico. En concreto, para este autor, la diferencia entre ILP y ELP es la diferente interpretación que le dan a la tesis de la separabilidad.¹¹⁵⁹

¹¹⁵⁶ Es decir, cuando no existen reglas de clausura respecto de la relevancia, o normas que preestablezcan relaciones de preferencia de acuerdo con las convenciones relevantes. En definitiva, cuando la calificación normativa de una conducta se hace depender de criterios que las convenciones relevantes dejan sin seleccionar.

¹¹⁵⁷ *Ibidem*, pp. 443 y 444.

¹¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 466.

¹¹⁵⁹ Cfr. Villa, V., “Inclusive Legal Positivism e Neo-Giusnaturalismo: Lineamenti di una Analisi Comparativa”, *Persona y derecho*, cit., nota 825, pp. 38-52.

Sin embargo, para Villa, el ILP posee mayor potencial explicativo y resulta más atractivo desde el punto de vista teórico que el ELP. Ello es así porque mantiene su adhesión al positivismo y es capaz simultáneamente de amoldarse al derecho de los Estados constitucionales contemporáneos, que incorporan la moral al interior del derecho. De esta forma, se amplía la noción de validez jurídica admitiendo criterios sustanciales y no sólo formales.¹¹⁶⁰

Como ya se ha anticipado en el epígrafe anterior, la posición de Villa se caracteriza por proponer una concepción constructivista del ILP. Esta versión del ILP busca trazar una vía media entre el objetivismo fuerte y el relativismo fuerte. Es decir, una vía entre la objetividad metafísica y una objetividad epistémica. Para esto, propone, por un lado, abandonar la concepción descriptiva del lenguaje jurídico, y reconocer la presencia de juicios de valor en el interior de este tipo de discurso. Con esta finalidad, rechaza la idea de que el lenguaje en el que se expresa el conocimiento puede ser descrito de forma pura, como si fuese posible hacer afirmaciones que respeten la realidad. Por el contrario, sostiene que el lenguaje estructura y organiza el campo de la experiencia con el que trata, reconstruyéndolo y recortándolo según las coordenadas lingüísticas dictadas por las categorías y los criterios de clasificación incorporados al esquema conceptual dentro del que se mueve. Por otro lado, rechaza como radicalmente incoherente la idea de una realidad en sí, propia del realismo metafísico. Es decir, una realidad independiente de nuestra intervención cognoscitiva, de su estructuración y etiquetación.¹¹⁶¹

Como sintetiza Serna en un trabajo crítico al ILP de Villa, la posición constructivista tiene consecuencias inmediatas, al menos en los siguientes puntos: (1) *Cambio en la noción de positividad del derecho*. La positividad deja de verse como un dato para observarse como el resultado de un proceso. Así, el derecho es el resultado de una práctica compleja en la que intervienen diferentes participantes de la comunidad jurídica. Por esto, la existencia del derecho positivo no es fruto de las decisiones adoptadas por algunos sujetos, sino que depende del colectivo de una práctica social. (2) *Flexibilización de la frontera entre teoría del derecho y teoría de la aplicación*. Debido a que el derecho es concebido como una prácti-

¹¹⁶⁰ *Ibidem*, pp. 62-80. Para ampliar puede verse Villa, V., “Legal theory and Value Judgments”, *Law and Philosophy*, 16, 1997, pp. 447-477.

¹¹⁶¹ Cfr. Villa, V., “Inclusive Legal Positivism e Neo-Giusnaturalismo: Lineamenti di una Analisi Comparativa”, *Persona y Derecho*, cit., nota 825, pp. 80-97.

ca social, se reconcilan la teoría del derecho con su interpretación/aplicación, porque, desde esta visión, tanto interpretación como aplicación pasan a ser elementos constitutivos de la existencia del derecho positivo, y por lo tanto, de la teoría del derecho. (3) La teoría de la interpretación debe ayudar a distinguir los casos en que los contenidos morales se introducen en el derecho como el resultado de procesos cognoscitivos, y los casos en que penetran en el derecho como fruto de estrategias creativas fuertes adoptadas por los juristas o estudiosos. (4) *Superación de la alternativa entre realismo fuerte y relativismo fuerte*. Sobre esta cuestión basta ahora con remitir al epígrafe anterior sobre la objetividad moral. (5) *Superación de la identidad entre lenguaje descriptivo y análisis avalorativo*. La propuesta invita a abandonar la concepción semántica descriptiva del lenguaje informativo que identifica discursos descriptivos y discursos avalorativos. En definitiva, este ILP de corte constructivista busca abandonar la concepción descriptiva del lenguaje jurídico informativo, y reconocer la presencia de valores en el interior del discurso. Así abandona el principio de neutralidad valorativa como guía del conocimiento y reconoce la necesidad inevitable de formular juicios de valor si nos situamos en la perspectiva de los discursos sobre contenidos valorativos.¹¹⁶²

4. *El modest incorporationism de Kramer*

Como se ha visto a lo largo de este capítulo, Kramer ha propuesto diferentes argumentos en favor del ILP. Con respecto al argumento de autoridad, Kramer defiende el ILP atacando la tesis de la autoridad de Raz. Para Kramer, esta tesis es falsa porque se basa en la idea de que los pronunciamientos de los funcionarios que aplican el derecho invariablemente profesan estar dotados de autoridad moral.¹¹⁶³ En cuanto a la tesis de la diferencia práctica, Kramer ha participado extensamente en el debate, junto con otros incluyentes, contra la tesis de Shapiro. En lo que respecta a la tesis de la convencionalidad, Kramer se ha ocupado

¹¹⁶² Cfr. Serna, P., “‘Sobre el Inclusive Legal Positivism’ Una respuesta al Prof. Vittorio Villa”, *Persona y derecho*, 43, 2000, pp. 105-109.

¹¹⁶³ Puede verse una recapitulación de este argumento en Kramer, M., *Where Law and Morality Meet*, cit., nota 866, p. 87. También puede verse una crítica contra Raz sobre la tesis de la separación entre el derecho y la moral vinculada con esta crítica a la tesis de la autoridad en *ibidem*, pp. 237-244.

de responder a los ataques presentados por Marmor, observando que el ILP es compatible con las convenciones constitutivas; aclarando, además, que esta caracterización de las convenciones no es necesariamente la única posible, ni la más correcta. Kramer también se ha ocupado de analizar las críticas excluyentes propuestas por Mitrophanous, observando al respecto que un sistema jurídico incluyente no tiene por qué generar un grado tal de incertidumbre que lo prive de la regularidad que caracteriza a los sistemas jurídicos. Además, replica que si la incertidumbre es un problema para los sistemas jurídicos incluyentes, este problema se da exactamente igual en los sistemas jurídicos excluyentes. Por otra parte, Kramer también ha analizado el argumento de Raz que sugiere que el ILP no es capaz de distinguir cuándo la introducción de la moral en el derecho genera discrecionalidad y cuándo la genera la aplicación de derecho preexistente.

Por otra parte, no sólo se ha ocupado de defender al ILP frente al ELP, sino que también presenta sus argumentos contra Dworkin. En primer lugar, Kramer se ocupa de defender el positivismo jurídico del argumento de la controversia presentado por Dworkin. Contra este argumento se sostiene que: (1) Dworkin no ha logrado demostrar que los jueces no están de acuerdo sobre los casos fáciles; (2) por más que haya desacuerdo en todos los casos, este desacuerdo está limitado por la regularidad que resulta de los sistemas jurídicos funcionales; y (3) las convenciones jurídicas no son necesariamente estáticas como Dworkin sugiere. Asimismo, Kramer se ha ocupado del problema de la objetividad moral, encontrando en las reflexiones metafísicas de Dworkin sobre la moral una respuesta a este problema.

Por último, cabe señalar que en su defensa del ILP contra la tesis de la diferencia práctica, Kramer —además de considerar que esta tesis no afecta al ILP de Waluchow— presenta una versión moderada del incorporacionismo. Para él, esta versión resulta preferible al incorporacionismo fuerte de Coleman. El atractivo de esta nueva versión del ILP es que posee las virtudes del incorporacionismo fuerte —es decir, admite que la moral pueda ser una condición necesaria y suficiente de validez—, y asegura el grado de regularidad necesario para la existencia de un sistema jurídico, carga que resulta demasiado pesada para el incorporacionismo de Coleman. Sintetizada la posición de Kramer, queda por estudiar el debate que surge entre estas versiones del incorporacionismo, es decir,

entre este autor y Coleman. Esta cuestión será analizada en el siguiente epígrafe.

5. *El incorporationism de Himma*

Como ha sido observado a lo largo de esta exposición, otro de los autores incluyentes que ha participado extensamente en el debate sobre la viabilidad del ILP es Himma. De hecho, este autor, ha dedicado varios trabajos a esta empresa, en los que ha defendido al ILP contra sus dos principales oponentes, el ELP y Dworkin. Contra el ELP, Himma realiza grandes esfuerzos por superar el argumento de la autoridad de Raz. Para Himma el argumento de la compatibilidad no es correcto. Por ello, cree necesario rechazar la tesis de la autoridad de Raz. De hecho, Himma dedica varios trabajos y esfuerzos argumentativos para lograr este objetivo. De estos trabajos se concluye que Raz no demuestra que es *conceptualmente imposible* un sistema jurídico que no afirme autoridad. Además, para Himma el concepto de autoridad presentado por Raz no se encuentra debidamente fundamentado. En cuanto a la tesis de la diferencia práctica, por un lado, Himma presenta algunas visiones sobre la guía que proporciona el derecho que parecen ser compatibles tanto con el ILP como con la visión de guía por motivación que presenta Shapiro. Por el otro, Himma desafía dos puntos en los que se sustentan los argumentos de Shapiro: (1) que la visión de Hart implica que el juez está guiado por motivación por las reglas primarias que aplica para decidir un caso; y (2) que asumir un “funcionalismo jurídico” implica la tesis de la diferencia práctica.

También, Himma se ha ocupado de argumentar contra las objeciones de Dworkin. Contra el argumento de la controversia, afirma que Dworkin se equivoca al pensar que las cláusulas constitucionales controvertidas forman la regla de reconocimiento de Estados Unidos. Para Himma, en Estados Unidos, la regla de reconocimiento que regula la constitucionalidad de las normas jurídicas sostiene que la Corte Suprema es la última autoridad para decidir esta cuestión. Esta regla de reconocimiento, para Himma, no es controvertida. Por lo tanto, el argumento de la controversia falla. En cuanto al método para aproximarse al estudio del fenómeno jurídico, Himma sigue a Coleman y parece abrazar argumentos conceptuales. A su juicio, este tipo de metodología es superior a la teoría descriptiva-explicati-

va de Waluchow, porque los argumentos de esta teoría no pueden ser más que empíricos, en lugar de conceptuales. Himma, también se ha ocupado del problema de la objetividad de la moral. Al llevar a cabo esta tarea, critica lo insuficientes que resultan los argumentos de Kramer y Soper para defender a Hart. Para Himma, la creencia de Hart de que la tesis de la incorporación presupone el objetivismo moral no tiene problemas significativos para su teoría general del derecho. Esta idea se defiende principalmente porque: (1) la tesis de la separabilidad es consistente con un compromiso con el objetivismo moral; (2) no hay nada esencial en el proyecto teórico de Hart que descance en la objetividad de las normas morales, gracias a lo cual, Hart puede abandonar la tesis de la incorporación si el objetivismo moral es demostradamente falso; (3) la discrecionalidad judicial es posible incluso si el objetivismo moral es verdadero. Además, sostiene que el problema de la objetividad de la moral no afecta al ILP porque esta teoría es compatible con un relativismo cultural. En concreto, sostiene que versiones moderadas del subjetivismo, como puede ser el relativismo cultural normativo, no generan problemas lógicos para la tesis de la incorporación. Además, aclara que si el relativismo cultural es verdadero, esto no hace que el ILP y el ELP terminen siendo lo mismo.

Por último, en un trabajo reciente, Himma sostiene que el marco que el ILP proporciona no ayuda a comprender la práctica de los sistemas jurídicos desarrollados. En concreto, sostiene que una norma moral *N* no puede funcionar como una condición suficiente o necesaria de validez si la regla de reconocimiento concede a la Corte Suprema autoridad jurídica para obligar a los funcionarios con una decisión discrecional sobre estas condiciones de validez. Para Himma, como es muy difícil para los seres como nosotros crear un sistema jurídico viable que no proporcione a su Corte Suprema esta autoridad, los sistemas jurídicos genuinamente incluyentes son muy poco probables en mundos que se parecen al nuestro. De hecho, considera que para los juristas y teóricos del derecho es inquestionable que en la mayoría de los sistemas jurídicos desarrollados como el de Estados Unidos, Inglaterra y Canadá la Corte Suprema tiene autoridad final para decidir cuestiones sustantivas sobre el derecho.¹¹⁶⁴ De esta manera, afirma que si la Corte Suprema tiene la autoridad final

¹¹⁶⁴ *Cfr.* Himma, K., “Final Authority to Bind with Moral Mistakes: On the Explanatory Potential of Inclusive Legal Positivism”, *cit.*, nota 997, pp. 1-5.

para establecer si una proposición jurídica satisface un principio moral por más que se equivoque, ese principio no parece funcionar como un criterio de validez.¹¹⁶⁵

Una vez explicada la autoridad final de la Corte Suprema, Himma observa que diferentes autores realistas —como Gray— son escépticos respecto a la posibilidad de que las reglas logren cumplir con la función que les es propia, porque consideran que la Corte Suprema con autoridad final es el verdadero soberano de ese sistema jurídico. Sin embargo, para Himma esto es equivocado. A su juicio, las prácticas convencionales de los funcionarios determinan las normas jurídicas secundarias que limitan la toma de decisiones judiciales aportando estándares de corrección para tales decisiones. De esta forma, sostiene que existen buenas razones para pensar que estos límites para la toma de decisiones judiciales normalmente serán eficaces por lo menos en el mínimo sentido en que los jueces intentarán conformar su decisión con ese estándar. Para Himma, puede pensarse que la mayoría de los jueces intentarán servir a lo público y que creen en la legitimidad del sistema al que sirven. No obstante, el juez que actúe solo por su propio beneficio sabe que debe seguir al derecho en sus decisiones para avanzar en su carrera. Por todo esto, afirma que en ambos casos hay buenas razones para pensar que los jueces se esfuerzan por satisfacer las normas jurídicas que limitan su capacidad de decisión.¹¹⁶⁶

Después de analizar la autoridad final de la Corte Suprema de Estados Unidos y su vinculación con la Constitución, Himma sostiene que una formulación adecuada de la regla de reconocimiento y del criterio de validez estadounidense debe reflejar los siguientes hechos empíricos: (1) los tribunales están obligados a decidir el estatus de las normas federales correctamente establecidas de forma tal que se satisfagan algunos estándares para interpretar las normas sustantivas de la Constitución; (2) los otros funcionarios están obligados a tratar esas decisiones de los tribunales como si establecieran el contenido del derecho, por más que estén equivocadas; (3) la Corte Suprema tiene la autoridad final para decidir si una norma federal correctamente establecida es válida. Todo esto hace que el criterio de validez estadounidense se parezca más al de

¹¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 15.

¹¹⁶⁶ *Ibidem*, pp. 5-8.

un sistema basado sólo en las fuentes sociales, que al propio de un sistema genuinamente incluyente.¹¹⁶⁷

Por otra parte, Himma es consciente que un intento de reconciliar la autoridad final de la Corte Suprema con los sistemas jurídicos incluyentes puede sostener que la práctica que otorga la autoridad final a la Corte Suprema lo hace sólo para los casos difíciles. Como estos casos sólo representan un pequeño porcentaje de todos los casos, la validez jurídica de las normas puede depender de una norma moral *N*, salvo en los casos difíciles.¹¹⁶⁸

Contra esta idea afirma que si esta observación es cierta, la utilidad del ILP queda muy reducida. En concreto, se recuerda que el ILP surge para responder las críticas de Dworkin según la cual los jueces normalmente deciden los casos difíciles recurriendo a principios morales,¹¹⁶⁹ y esta visión parece excluir el papel del ILP para los casos difíciles. Así, Himma considera que: (1) es problemático asumir el análisis de Dworkin sobre la práctica jurídica de los sistemas jurídicos desarrollados y querer interpretar este análisis en clave convencionalista; (2) explicar los casos fáciles como comprensiones compartidas nunca fue un problema para el positivismo; y (3) cuando los funcionarios se comprometen a practicar sólo las implicaciones fáciles de las normas morales, en realidad están practicando una norma social que tiene un contenido común con la norma moral y que no debe ser caracterizada como una norma moral porque la práctica deliberadamente se desvía de la norma moral en una clase de casos teóricamente significativos. Por esto, afirma que el simple hecho de que una regla de reconocimiento social y una norma moral estén de acuerdo en el conjunto de casos que implica el contenido simple de la norma moral no supone que la regla de reconocimiento social sea también una norma moral que define un criterio de validez moral.¹¹⁷⁰

Por todas estas dificultades, más las que se enumeraron sobre la objetividad de la moral, Himma concluye que debido a que la tesis de la incorporación sólo sostiene que es conceptualmente posible que exista un sistema jurídico que incorpore criterios morales, no puede rechazarse esta tesis. Sin embargo, afirma que la tesis de la incorporación tiene poca aplicación práctica porque: (1) los sistemas jurídicos incluyentes son ra-

¹¹⁶⁷ *Ibidem*, pp. 25 y 26.

¹¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 26.

¹¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 29.

¹¹⁷⁰ *Ibidem*, pp. 29-31.

ros entre los sistemas jurídicos posibles; y (2) no estamos en posición de verificar que un sistema jurídico particular es incluyente excepto bajo las más inusuales circunstancias. Así, la tesis de la incorporación tiene un valor práctico muy pequeño en el análisis de los sistemas jurídicos existentes.¹¹⁷¹

Además de observar lo problemático que resulta para la posible existencia de un sistema jurídico ILP, el hecho de que las Cortes Supremas tengan la autoridad final para establecer el contenido del derecho, Himma sostiene que este hecho —a su juicio irrefutable— se encuentra en tensión con los fundamentos de la teoría dworkiniana del derecho que incluyen afirmaciones como: (1) los jueces en los sistemas jurídicos como el estadounidense no utilizan la discrecionalidad judicial en los casos difíciles, y (2) el contenido del derecho en estos sistemas jurídicos es determinado por normas morales que muestran a la práctica jurídica bajo su mejor iluminación moral.¹¹⁷²

6. *El debate interno*

Como se puede observar a lo largo de este capítulo, y como ocurrió a lo largo de los casi treinta años de debate sobre el ILP, esta teoría se ha enfrentado principalmente a dos enemigos. Fruto de este concurrido y extenso diálogo o disputa, el ILP refina sus tesis y da a luz nuevas versiones de su teoría. Hasta ahora, se ha sostenido que el ILP evoluciona o se desarrolla defendiéndose o atacando a sus opositores. Sin embargo, el surgimiento de diferentes versiones del ILP ha generado un incipiente debate interno, que ha prolongado su desarrollo más allá de la defensa frente a sus enemigos. A continuación, se expondrán algunos de estos debates internos.

Muchos son los puntos en los que pueden observarse divergencias entre los mismos incluyentes. En los capítulos anteriores ya se han señalado algunas diferencias entre el *inclusive positivism* de Waluchow y el *incorporationism* de Coleman. Más allá de las diferencias que surgen en los distintos argumentos que cada uno de estos autores presenta para de-

¹¹⁷¹ *Ibidem*, pp. 44 y 45.

¹¹⁷² Cfr. Himma, K., “Trouble in Law’s Empire: Rethinking Dworkin’s Third Theory of Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 23, núm. 3, 2003, pp. 345-377.

fender el ILP, estas versiones no comparten el modo en que la moral puede incorporarse al derecho.

Para Waluchow, la moral se puede incorporar sólo como una condición necesaria de validez, mientras que para Coleman, la moral puede incorporarse tanto como una condición necesaria de validez, como en la forma de una condición suficiente de validez. Para Coleman, su incorporacionismo es más correcto que la versión incluyente de Waluchow porque ésta última parece estar desconectada de la crítica de Dworkin que parece motivar su origen. Coleman sostiene que la defensa de un positivismo incluyente atemperado —como el de Waluchow— busca acomodarse a supuestas objeciones del ELP relacionadas con el nivel de incertidumbre que puede generar una regla de reconocimiento que incorpora la moral.¹¹⁷³ Para Coleman, claramente ésta no es una objeción de Raz.¹¹⁷⁴ En concreto, Coleman afirma que los defensores de este tipo de ILP confunden un argumento conceptual con un argumento empírico: a su juicio, es un “error basar una afirmación conceptual sobre un posible criterio de validez en una generalización empírica —no importa cuán bien fundada— sobre cómo suele ser la controvertida moral”.¹¹⁷⁵ De este modo, la cuestión es si hay criterios de validez que en principio son incapaces de guiar la conducta; no si bajo ciertas condiciones particulares —incluso si las consideramos típicas— ciertos criterios serán lo suficientemente controvertidos para impedir la coordinación. Por todo ello, Coleman defiende una versión del ILP “fuerte”, que sostiene que la moral puede ser una condición suficiente de juridicidad.¹¹⁷⁶

Por su parte, Waluchow ha replicado a estos argumentos afirmando que su versión del ILP es capaz de responder a la crítica de Dworkin que dio origen al ILP. Para este autor, el problema es que se considera que los principios morales —por ejemplo, el que aplican los jueces en el caso *Riggs v. Palmer*— son normas validadas por una regla de reconocimiento incluyente, cuando en realidad son criterios de validez incluidos en una regla de reconocimiento. Observado de esta manera, los principios morales funcionan como una condición necesaria —y no suficiente— de validez.

¹¹⁷³ Cfr. *POP*, pp. 111-113.

¹¹⁷⁴ Como pudo verse en el punto V.5 del capítulo anterior, Kramer replica a Coleman observando que si bien Raz no utiliza esta línea argumentativa, sí lo hacen otros positivistas excluyentes como Mitrophanous.

¹¹⁷⁵ *POP*, p. 114.

¹¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 114.

De hecho, para Waluchow, no es claro que los principios morales sean jurídicos sin ningún acto que los cristalice, es decir, por el sólo hecho de ser morales. Para este autor, los principios citados por Dworkin tienen una historia, perfectamente asimilable a un criterio de pedigrí. Además, se afirma que resulta difícil imaginar cómo podrían estos principios funcionar como condición suficiente de validez, ya que existe un número potencialmente ilimitado de estándares que satisfacen ese criterio de validez. Por esto, considera que la aceptación de estos principios como criterios suficientes de validez es contraria a la idea de Raz de que el derecho tiene límites. Por último, observa que el ilimitado potencial de normas que pueden ser validadas por una regla de reconocimiento de este tipo puede generar que muchas de ellas sean válidas e incompatibles, situación que parece inconsistente con la idea de que el derecho es capaz de funcionar como guía práctica.¹¹⁷⁷

En relación con esta cuestión, también se ha debatido qué versión del ILP es la que adopta Hart, es decir, si para el profesor inglés la moral se incorpora como una condición necesaria o suficiente de validez. Waluchow sostiene que Hart —junto con la mayoría de los incluyentes— adhiere su versión del ILP. Para fundamentar su afirmación, observa que Hart sólo ofrece un ejemplo de una regla de reconocimiento incluyente relacionado con la quinta enmienda de la Constitución de Estados Unidos, ejemplo que, a su juicio, es mejor interpretado como una condición necesaria de validez.¹¹⁷⁸ Sin embargo, tanto Coleman como Himma afirman lo contrario. Ambos autores sostienen que una interpretación plausible de Hart vincula a este autor con el incorporacionismo. Esta afirmación se fundamenta en que Hart adopta una versión *soft* del positivismo jurídico sólo para demostrar que el positivismo se puede acomodar a Dworkin. Para estos autores, el positivismo jurídico sólo puede superar las críticas de Dworkin si puede explicar que la obligatoriedad de los principios no depende de una fuente autoritativa. Debido a que sólo una condición suficiente de validez puede lograr este objetivo, tanto Himma como Coleman concluyen que la posición de Hart debe ser interpretada de forma tal que acepte este tipo de condiciones de validez.¹¹⁷⁹

¹¹⁷⁷ *Cfr. supra*, capítulo cuarto, epígrafe II. 2.

¹¹⁷⁸ *Cfr.* Waluchow, W., “Authority and the Practical Difference Thesis: A Defense of Inclusive Legal Positivism”, *cit.*, nota 727, p. 79.

¹¹⁷⁹ *Cfr.* Himma, K., “H. L. A. Hart and the Practical Difference Thesis”, *cit.*, nota 757, pp. 3 y 4.

En cuanto al tipo de aproximación metodológica al fenómeno jurídico que adoptan estos autores también existen algunas divergencias. En este sentido, Coleman rechaza el tipo de aproximación descriptivo-explicativa de Waluchow. En definitiva, este autor no comparte las motivaciones que guían el proyecto de Waluchow, el modo en que evalúa el éxito de sus objetivos, ni la forma en que se comprende la naturaleza de las objeciones del ELP —cuestión que ha sido explicada anteriormente—.¹¹⁸⁰ El rechazo de Coleman de la visión descriptiva de Waluchow le lleva a no interesarse por el desafío de la carta, ya que este argumento se basa en la mayor capacidad descriptiva del ILP sobre el ELP. Coleman reconoce que la exactitud descriptiva puede ser una virtud. Sin embargo, a su juicio, la disputa contra el ELP no puede ser resuelta sobre bases descriptivas, porque la disputa no es descriptiva sino interpretativa. Así, la cuestión no es qué teoría es descriptivamente más exacta, sino qué teoría provee la mejor explicación o interpretación del hecho de que el lenguaje moral aparece en las cláusulas constitucionales. De esta forma, una cuestión interpretativa sería preguntarse si debemos entender las cláusulas constitucionales como incorporaciones de la moral al derecho. Además, para Coleman, Raz ha creado de hecho una manera coherente de interpretar estas cláusulas constitucionales sin abandonar el ELP.¹¹⁸¹ En este sentido, Himma afirma que Waluchow no logra responder satisfactoriamente a Dworkin, porque sus argumentos son empíricos, mientras que Coleman logra dar en el blanco porque sus argumentos son conceptuales.¹¹⁸²

Frente a estas objeciones, Waluchow aclara que su teoría descriptiva-explicativa del derecho ha sido mal interpretada. Al respecto, recuerda que cuando desarrolló su propuesta metodológica distinguió diferentes formas en las que diversos valores —incluyendo los valores morales— entran en su teoría descriptiva-explicativa. De hecho, observa que en su oportunidad utilizó la palabra “descriptiva” para distanciar su teoría de la teoría interpretativa constructiva de Dworkin. Por esto, en ninguna parte ha argumentado que el ILP sea una buena teoría porque ofrece una buena descripción del fenómeno jurídico, así como una descripción de Europa que hace mención de Francia es mejor que una

¹¹⁸⁰ *Cfr. POP*, p. 114.

¹¹⁸¹ *Ibidem*, pp. 109 y 110.

¹¹⁸² *Cfr.* Himma, K., “Waluchow’s Defense of Inclusive Legal Positivism”, *Legal Theory*, 5, 1999, p. 112.

descripción de Europa que no la hace. Por el contrario, ha sostenido que buscaba una teoría descriptiva-explicativa —si se quiere interpretativa— de varios fenómenos jurídicos. Esto significa, que lo que busca es explicar sin comprometerse con la moral o con objetivos justificatorios. En este sentido, Waluchow observa que su trabajo se adhiere a la visión de Hart presentada en el *Postscript*.¹¹⁸³ Con respecto a esta cuestión se ocupa de dejar claro que si bien las consideraciones morales y valorativas juegan un papel en el desarrollo de las teorías descriptivas, es necesario insistir en el compromiso de estas teorías con una racionalidad neutral, no justificatoria¹¹⁸⁴. Además, observa cómo tanto su teoría como la de Coleman distinguen entre valores morales y valores meta-teóricos —como la coherencia, la simplicidad, etcétera¹¹⁸⁵— y cómo también coinciden en rechazar la existencia de una teoría positivista de la adjudicación.¹¹⁸⁶ Por último, Waluchow no comparte con Coleman la idea de que el “desafío de la carta” no sirva como una objeción contra el ELP. Para demostrar esto, distingue entre un ELP descriptivo y uno conceptual. A su juicio, el ELP conceptual sostiene como una cuestión de necesidad conceptual, que la determinación del derecho no puede nunca ser una cuestión de consideraciones morales; en cambio, el ELP descriptivo afirma que, como una cuestión de hecho, no hay un sistema jurídico que determine su derecho con base en consideraciones morales. En definitiva, a juicio de Waluchow, tanto el ELP descriptivo como el conceptual son refutados por la existencia de un sistema jurídico que determine su derecho con base en consideraciones morales.¹¹⁸⁷

Entre estos autores existen otras diferencias, por ejemplo, en cómo defienden el ILP contra el argumento de la autoridad de Raz, etcétera. Sin

¹¹⁸³ Cfr. Waluchow, W., “In Pursuit of Pragmatic Legal Theory”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, XV, núm. 1, 2002, p. 130, n. 6.

¹¹⁸⁴ Cfr. Waluchow, W., “The Many Faces of Legal Positivism”, *cit.*, nota 639, p. 446.

¹¹⁸⁵ Cfr. Waluchow, “In Pursuit of Pragmatic Legal Theory”, *cit.*, nota 1183, pp. 130-134.

¹¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 144.

¹¹⁸⁷ Cfr. Waluchow, W., “The Many Faces of Legal Positivism”, *cit.*, nota 639, pp. 394-396.

embargo, debido a que estas diferencias ya han sido expuestas a lo largo de este trabajo no se volverá sobre ellas ahora.¹¹⁸⁸

Las críticas de Coleman a Waluchow no son las únicas críticas internas contra su versión del ILP. De hecho, Himma ha dedicado un artículo a demostrar que la defensa de Waluchow del ILP contra Dworkin no es satisfactoria. En este trabajo, sostiene que los argumentos de Waluchow no logran refutar la crítica de Dworkin que sugiere que la tesis de pedigrí es inconsistente con la existencia de algunos principios jurídicos. A su juicio, incluso si los argumentos de Waluchow lograsen eliminar la afirmación de Dworkin, no bastarían para defender el positivismo jurídico frente a las críticas de Dworkin.¹¹⁸⁹ En definitiva, para Himma, lo que el positivismo tiene que demostrar es que la afirmación de Dworkin sobre la autoridad jurídica de los principios —como el de *Riggs*— no es incompatible con la tesis del pedigrí. Para Himma, la única manera de hacer esto es representar —o modificar razonablemente— la tesis de pedigrí de Hart de forma tal que pueda dar cuenta de la autoridad de estos principios. Así, Himma sostiene que esta visión debe explicar la validez de los principios con base en algún tipo de acto oficial legislativo o judicial para mantener lo que a su juicio es el centro del positivismo jurídico. El problema de la propuesta de Waluchow es que “no se esfuerza en proveer una visión positivista sobre cómo estos principios pueden ser jurídicamente obligatorios, prefiriendo en cambio focalizarse en los defectos de la argumentación de Dworkin”.¹¹⁹⁰

Otro debate entre autores incluyentes es el que surge entre el incorporacionismo fuerte de Coleman y la versión moderada presentada por Kramer. Como ha sido observado, Kramer sugiere que tanto el ILP de Waluchow como su propuesta de incorporacionismo moderado son capaces de superar la objeción propuesta por la tesis de la diferencia práctica. Esta distinción no resulta atractiva para Coleman, que arremete contra ella. De hecho, afirma que se siente “obligado a salvar al *inclusive legal positivism* de como lo defiende Kramer”.¹¹⁹¹

¹¹⁸⁸ Sobre esta cuestión puede verse especialmente un comentario de Waluchow al libro de Coleman *The practice of principle* en W. Waluchow, “In Pursuit of Pragmatic Legal Theory”, *cit.*, nota 1183, pp. 125-150.

¹¹⁸⁹ Cfr. Himma, K., *op. cit.*, nota 1076, p. 113.

¹¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 115.

¹¹⁹¹ Coleman, J., “Constraints on the Criteria of Legality”, *Legal Theory*, 6, núm. 2, 2002, p. 179.

Para Coleman, la idea de Kramer de que una regla de reconocimiento robusta es demasiado controvertida para poder sostener una práctica jurídica no logra afectar a su teoría. De hecho, esta afirmación de Kramer ni siquiera refleja bien una crítica que haya hecho el ELP contra el ILP. En definitiva, Coleman sostiene que los límites que Kramer pretende imponer a su teoría no son conceptuales sino empíricos, y por esto no resultan interesantes. Para aclarar esta afirmación, recuerda que su versión del ILP debe ser entendida como una afirmación condicional que afirma que si hay criterios morales de validez que son aceptados por los funcionarios desde el punto de vista interno y practicados por un número suficiente de ellos, y si la mayoría de la población cumple con las normas validadas bajo estos criterios, entonces hay un sistema jurídico en el que la moral es una condición —sea suficiente o necesaria— de validez. Por último, Coleman observa que si Kramer llegara a tener razón igualmente su teoría no lograría responder a la objeción que dio motivó al surgimiento del ILP.¹¹⁹²

Contra estos ataques, Kramer responde que es consciente de que el incorporacionismo fuerte es conceptualmente posible. Sin embargo, a su juicio, este tipo de incorporacionismo sólo parece aplicable a sociedades estáticas y muy homogéneas. En cambio, el incorporacionismo moderado parece que puede ser aplicado a gran escala. Por esto, si bien afirma que el incorporacionismo fuerte es correcto, sostiene que cuando se analiza esta tesis el resultado es más engañoso que iluminador.¹¹⁹³ Para fundamentar esta afirmación, observa que si lo que se pretende es aprender algunas características importantes y distintivas del derecho, se debe buscar más allá de las meras posibilidades lógicas, es decir, se deben buscar posibilidades reales, como las propuestas por el incorporacionismo moderado.¹¹⁹⁴

En cuanto a la posibilidad de formular el incorporacionismo de forma condicional —como propone Coleman—, Kramer observa dos dificultades: (1) a veces el incorporacionismo ha sido propuesto de forma indicativa, es decir, no condicional; (2) cuando el incorporacionismo fuerte es formulado como una proposición condicional, se vuelve gratuitamente poco interesante. Además, si bien el incorporacionismo fuerte es correc-

¹¹⁹² *Ibidem*, pp. 182 y 183.

¹¹⁹³ Cfr. Kramer, M., *Where Law and Morality Meet*, cit., nota 866, pp. 97-99.

¹¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 100.

to, tanto formulado de forma indicativa como condicional, no resulta iluminador, como se ha visto antes.¹¹⁹⁵

Por todo ello, y porque el incorporacionismo moderado es capaz de responder mejor a la tesis de la diferencia práctica —cuestión que ya ha sido desarrollada oportunamente—, Kramer sugiere que si el incorporacionismo pretende ser una teoría que ilumine —en vez de oscurecer— cómo operan las instituciones jurídicas debe seguir la dirección que él propone.¹¹⁹⁶

Para finalizar, se dejará constancia de la respuesta que Kramer ofrece contra la tesis de Himma —recientemente expuesta— que sostiene que el marco proporcionado por el ILP no ayuda a comprender la práctica de los sistemas jurídicos desarrollados. El argumento de Himma se basa en que estos sistemas conceden a la Corte Suprema la autoridad final para decidir los casos difíciles y los funcionarios respetan estas decisiones aunque estén equivocadas.

Para Kramer, si la crítica de Himma al ILP sobre cómo se establece o fija el derecho es correcta, una crítica paralela puede ser aplicada a todo proceso de aplicación del derecho. En suma, afirma que del razonamiento de Himma surge una audaz conclusión escéptica sobre las reglas, según la cual las normas jurídicas en Estados Unidos no son determinantes de lo jurídicamente permitido o prohibido, sino que para esto lo determinante son las decisiones de la Corte Suprema.¹¹⁹⁷

Contra esta afirmación, Kramer considera que Himma podría defenderte afirmando que el poder de la Corte Suprema para obligar a otros jueces con determinaciones equivocadas es menos extensivo en conexión con la aplicación el derecho que con la determinación del derecho. Así, Himma puede sostener que el poder de la Corte Suprema es especialmente amplio en relación con el proceso incluyente de determinación del derecho, porque los funcionarios estarán particularmente inclinados a consentir las decisiones del tribunal que no comparten si se refieren a juicios morales que son inherentemente controvertidos. Por el contrario, no estarán tan dispuestos a dar efecto a las aplicaciones equivocadas del derecho por parte de este tribunal, porque son demostrablemente incorrectas.¹¹⁹⁸

¹¹⁹⁵ Cfr. Kramer, M., “Throwing Light on the Role of Moral Principles in the Law: Further Reflections”, *Legal Theory*, cit., nota 809, pp. 126-129.

¹¹⁹⁶ Cfr. Kramer, M., *Where Law and Morality Meet*, cit., nota 866, p. 102.

¹¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 120.

¹¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 121.

Para Kramer, esta respuesta es problemática porque se basa en una afirmación empírica altamente especulativa, en vez de basarse sólo en afirmaciones empíricas incontrovertidas como hace el argumento original del Himma. Además, esta respuesta parece observar que la diferencia entre ambas cuestiones es más de grado que sustantiva. A juicio de Kramer, esta diferencia no altera el hecho de que la mayoría de las cuestiones sobre la determinación del derecho resueltas con referencia a criterios incluyentes sean sencillas. Incluso, si las conjeturas empíricas de Himma son verdaderas, Kramer cree que no se debe presumir que el poder de la Corte Suprema para obligar con decisiones equivocadas es menos convincente en cuestiones incluyentes sobre determinación del derecho que en cuestiones sobre aplicación del derecho. En definitiva, para Kramer, si Himma tiene una base sólida para su escépticismo ante las reglas contra el criterio del ILP para determinar el derecho, también hay bases sólidas para conclusiones similares sobre la aplicación de las normas jurídicas.¹¹⁹⁹

Además, advierte que Himma parece afirmar que la Corte Suprema carece de poder para obligar a otros funcionarios cuando determina el derecho equivocadamente en casos fáciles con un criterio incluyente. Si esto es así, la argumentación escéptica queda fuertemente disminuida en su alcance y significado. No obstante, para Kramer, esta afirmación sobre la disposición de los funcionarios americanos es falsa. A su juicio, por un lado es dudoso que los funcionarios dejen de tratar a esas regulaciones equivocadas de la Corte Suprema como obligatorias si estas decisiones se refieren a casos fáciles. Por el otro, si nos preguntamos en particular por un caso fácil y observamos si la Corte Suprema puede obligar con una decisión equivocada en este caso la respuesta es afirmativa. Por esto, concluye que si las conclusiones escépticas de Himma son correctas, se deben aplicar a todos los casos.¹²⁰⁰

En cuanto al argumento que sugiere que un criterio incluyente puede gobernar la validez de normas en los casos fáciles, mientras que las decisiones de la Corte gobiernan los casos difíciles, y con respecto a la crítica de Himma que afirma que en este caso el criterio incluyente no funciona como un criterio *moral* de validez; Kramer considera que tanto la construcción de este argumento incluyente como su réplica son equivo-

¹¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 122.

¹²⁰⁰ *Ibidem*, pp. 122 y 123.

cadas. A su juicio, esta defensa pasa por alto la distinción entre intensión (*intension*) y extensión de las normas. Para Kramer, en el ejemplo propuesto por Himma, en el que los casos fáciles se resuelven con referencia a *N*—norma moral— y los difíciles con referencia a lo que dice la Corte Suprema, el contenido del criterio incluyente con el que se resuelven los casos fáciles es *N* y no sólo una parte de *N*. La diferencia entre depender de *N* para los casos fáciles y depender de *N* para todos los casos no reside en el significado o contenido de *N* sino en el rango de situaciones a los que se aplican los criterios incluyentes. Para Kramer, cuando los funcionarios en casos fáciles recurren a *N* para sostener una norma no extremadamente injusta o para rechazar una que sí lo es, los funcionarios recurren al mismo contenido de *N* que para resolver casos difíciles. Las preguntas que se hacen los funcionarios para resolver los casos no varían de casos fáciles a difíciles, lo que varía es sólo el rango de problemas a los que las respuestas afirmativas o negativas se aplican. Esta diferencia es puramente de extensión y no de intensión. Además, incluso si Himma tiene razón al declarar que el criterio incluyente es intensionalmente (*intensionally*) dividido si sólo es operativo para los casos fáciles, se equivoca al afirmar que el producto de esa partición no son preceptos morales. Por último, Kramer considera que para renunciar a esa falsa afirmación debería retractarse de su desafortunada afirmación que sostiene que en los casos fáciles los funcionarios estadounidenses no están dispuestos a ratificar una decisión equivocada de su Corte Suprema.¹²⁰¹

En cuanto a la autoridad de la Corte Suprema, Kramer considera que dicho tribunal tiene el poder jurídico, pero no la autoridad —como sugiere Himma— para obligar a otros funcionarios con decisiones equivocadas. Por esto, Kramer aclara que este tribunal tiene dicho poder, pero bajo el deber de no ejercerlo. A su juicio, Himma no tiene en cuenta que alguien que no está habilitado jurídicamente para alcanzar un determinado resultado puede no estar obligado por ningún deber jurídico para tenerse de buscar dicho resultado.¹²⁰²

En lo que respecta al deber de la Corte de decidir conforme a la mejor interpretación de la Constitución, para Kramer, Himma no precisa bien las condiciones de dicho deber. Para Kramer, se desprende de las afirmaciones de Himma que el deber de la Corte Suprema se da porque: (1) los

1201 *Ibidem*, pp. 124-126.

1202 *Ibidem*, p. 127.

funcionarios critican a la Corte Suprema cuando interpretan equivocadamente la Constitución; y (2) los funcionarios se abstienen de criticar cuando la Corte Suprema interpreta correctamente la Constitución. Para Kramer, esta bifurcación en los elementos del deber de la Corte Suprema es necesaria si el deber jurídico de la Corte es como Himma lo describe. Además, para Kramer las condiciones anteriormente mencionadas difícilmente pueden darse. Para explicar esto, observa que el deber de la Corte Suprema de interpretar la Constitución del mejor modo posible se aplica tanto a los casos fáciles como a los difíciles. De ser esto verdadero, concluye que este deber de la Corte Suprema no parece existir, salvo que dicho tribunal tenga el deber de aplicar los criterios morales de validez correctamente cuando valora la validez jurídica de las normas.¹²⁰³

Para Kramer es curioso que la Corte tenga el poder de obligar con decisiones equivocadas y el deber de evitarlas. A su juicio, el deber de la Corte Suprema de interpretar la Constitución del mejor modo posible es un deber nominal, porque su incumplimiento no tiene una sanción coercitiva. Además, también observa que los medios que se accionan cuando la Corte Suprema incumple su deber —por ejemplo, las críticas— también son accionados cuando sus decisiones cumplen con dicho deber. Por esto, se concluye que el marco de referencia que tienen los funcionarios está formado por sus críticas y sus elogios a las decisiones. De esta forma, al hacer esto, establecen de forma colectiva el deber de la Corte Suprema y fijan su contenido.¹²⁰⁴

Para finalizar su réplica a Himma, Kramer se ocupa de los argumentos que este autor ha presentado contra el ILP. Por un lado, Kramer piensa que Himma tiene razón al observar que los funcionarios estadounidenses se adhieren al criterio que los vincula con lo que la Corte Suprema resuelva sobre la validez jurídica de las normas. Por el otro, cree que Himma se equivoca al pensar que el poder jurídico de la Corte Suprema para determinar el estatus jurídico de una norma es incompatible con la aparición de normas jurídicas por otros medios. En particular, se equivoca en que todo criterio incluyente incorporado a una regla de reconocimiento no puede actuar genuinamente en la validación o invalidación de una norma. De hecho, Kramer sostiene que la regla de reconocimiento estadounidense es incorporacionista moderada. A su juicio, por más que la

1203 *Ibidem*, pp. 128 y 129.

1204 *Ibidem*, pp. 131-134.

regla de reconocimiento estadounidense tenga criterios incorporacionistas, de hecho ésta puede ser sustituida por cualquier decisión de la Corte Suprema contraria a sus efectos. No obstante, afirma que más allá del alcance de estas decisiones, los principios morales retienen su fuerza como estándares jurídicos. En definitiva, afirma que los criterios incorporacionistas determinan el contenido del derecho por más que sus efectos se subordinen a las decisiones de la Corte Suprema. Esto es así porque no hay un desplazamiento del criterio de validez incorporacionista en todas las áreas o niveles, sino sólo un desplazamiento paulatino.¹²⁰⁵

La conclusión es que la prioridad de las decisiones de la Corte Suprema niega algunas de las implicaciones de los criterios morales; sin embargo, el criterio en sí mismo no es negado, se mantiene operativo, y determina la validez jurídica en todos los casos en que no ha sido dejado de lado por una decisión de la Corte Suprema.¹²⁰⁶

Por último, observa Kramer que por más que la afirmación que sugiere que los funcionarios muchas veces no pueden identificar correctamente los principios morales en los casos difíciles sea verdadera, ello no implica que la moral no sea incorporada al derecho. Para él, si los jueces deciden correctamente preservan la validez jurídica de los mandatos morales. En cambio, si deciden equivocadamente remueven la validez jurídica de algunos de los mandatos morales incorporados, cambiando el derecho en vez de otorgándole sus efectos propios. Sin embargo, los jueces tienen el poder de modificar el derecho de este modo según el ranking de criterios que establece la regla de reconocimiento. Así, si el criterio que obliga a los funcionarios a apoyar las decisiones —incluso equivocadas— de los jueces es contrario al criterio que los obliga a basarse en preceptos morales auténticos en los casos difíciles, la controversia es resuelta a favor del primer criterio, por más que el segundo criterio permanezca intacto.¹²⁰⁷

1205 *Ibidem*, pp. 134-136.

1206 *Ibidem*, p. 137.

1207 *Ibidem*, p. 140.