

EPÍLOGO

En las páginas restantes se intentará presentar una síntesis de las principales tesis del ILP que permita observar con cierta distancia las cuestiones debatidas que se han expuesto a lo largo del presente estudio. Con ello se pretende que el lector pueda reorientarse en el debate expuesto a lo largo de este libro.

Antes de pasar a exponer las tesis centrales del ILP es necesario, al menos, recordar que las críticas de Dworkin al positivismo jurídico, hicieron regresar a la moral a la arena del debate filosófico-jurídico; es decir, contribuyeron a reintroducir, desde una perspectiva singular, el debate sobre el papel de la moral en el derecho. Este es el contexto en el que surge el ILP. De hecho, como resulta evidente a estas alturas, la tesis central del ILP está directamente relacionada con un intento positivista de superar estas críticas. Hecha esta aclaración, puede afirmarse que las principales tesis incluyentes son las siguientes:

1) La *tesis central* de esta teoría afirma que *es conceptualmente viable que existan sistemas jurídicos cuyos criterios de validez incluyan normas morales sustantivas*.

2) Si bien ésta parece ser una tesis compartida por todos los autores incluyentes, existen diferentes formas de enunciarla. Cada una de estas formas permite distinguir entre las diversas versiones del ILP. Así, es posible identificar las principales versiones,¹²⁰⁸ junto con otras que pueden considerarse intermedias:

a) La versión que sostiene que *la regla de reconocimiento puede incorporar estándares morales sólo como condición necesaria de validez*

1208 Como Hart no se ha expresado sobre esta cuestión, tanto Waluchow como Coleman consideran que el positivismo *soft* del profesor inglés se encuentra en la línea de sus respectivas propuestas. El primero, por considerar que cuando Hart ejemplifica cómo se incorpora la moral al derecho sólo se observa el componente necesario de validez; el segundo, por considerar que si no se admite el componente moral suficiente de validez, el ILP no logra superar las críticas de Dworkin que le dieron origen.

jurídica (Waluchow). Esta versión sugiere que para que una norma debidamente promulgada sea jurídicamente válida su contenido debe ser consistente con el grupo de normas morales incorporadas. En definitiva, que un estándar moral opere como un componente necesario de validez significa que toda norma, para ser jurídicamente válida, no debe contradecir ese estándar moral. Esto significa que en estos casos la moral funciona como un límite al derecho promulgado.

b) La versión que afirma que *los estándares morales incorporados a la regla de reconocimiento pueden operar también como una condición suficiente de validez jurídica* (Coleman). Esta versión sugiere que para que una norma sea jurídicamente válida basta con que reproduzca el contenido del principio moral incorporado. Esto significa que normas no promulgadas pueden ser jurídicamente válidas en virtud de su contenido moral.

c) La versión que sugiere que los principios morales pueden ser una condición necesaria, y sólo subsidiariamente, para los casos difíciles, una condición suficiente de validez jurídica (Kramer).

3) La tesis central del ILP constituye una particular interpretación de las tesis —que Hart consideró como— centrales del positivismo jurídico. Por ello, al exponerla es preciso hacer referencia también a la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral o de la separabilidad, y a la interpretación “débil” de la tesis de las fuentes sociales. De hecho, los principales defensores del ILP interpretan las tesis centrales del positivismo jurídico en clave incluyente. De esta forma:

a) La tesis de la separación entre el derecho y la moral es denominada *tesis de la separación conceptual* o *la tesis de la separabilidad*. Esta tesis afirma que el derecho y la moral son conceptualmente distinguibles, aunque no necesariamente inconexos. Esto significa que entre el derecho y la moral no existe ningún tipo de vinculación necesaria, por más que puedan existir vinculaciones contingentes. A partir de esta afirmación, Coleman llega a sostener que *el positivismo jurídico es correcto sólo con que podamos imaginarnos un sistema jurídico que no tenga un principio moral como condición de validez jurídica*. De hecho, para este autor, dicha tesis resulta conceptualmente inatacable y descriptivamente exacta, aunque, por ser meramente negativa, no logra caracterizar al positivismo jurídico.

b) Se propone una *tesis social débil*. La tesis social sugiere que la existencia y el contenido del derecho dependen de un grupo de hechos sociales. Ello significa que el derecho es en esencia una creación o un artefacto humano. Es decir, el derecho es una construcción social, un producto de la actividad del hombre que en última instancia depende de hechos y no de valores. La versión incluyente de dicha tesis sostiene que la existencia y el contenido del derecho puede ser identificado con referencia a las fuentes sociales del derecho —ejemplo: la legislación, etcétera.— y sin referencia a la moral salvo que el derecho hasta aquí identificado haya incorporado criterios morales para la identificación del derecho. Así, la moral es relevante para determinar la validez jurídica sólo si tiene una conexión institucional adecuada. Por todo esto, lo que distingue la tesis social débil —o incluyente— es que sólo considera necesario que la regla de reconocimiento dependa de hechos sociales; permitiendo que estos hechos incorporen criterios morales de los que dependerá la validez jurídica de las reglas primarias.

4) Los principales exponentes del ILP son conscientes de que las tesis del positivismo incluyente parecen tener un carácter defensivo o negativo. Por esto, además de sus argumentos defensivos, cada uno propone una tesis positiva.

a) Una de estas tesis positivas enfatiza el carácter convencional de las normas jurídicas, subrayando que dicho carácter puede establecer que el valor moral de una norma sea condición de su validez jurídica, y afirmando que *la tesis de la convencionalidad del derecho permite explicar la juridicidad de las normas cuya validez depende de estándares morales* (Coleman). Sin embargo, ello no oculta el problema que supone para la tesis de la convencionalidad incluyente lo controvertido que resulta muchas veces el derecho —sobre todo cuando incorpora estándares morales—. Por esto, se ha intentado superar el problema con los siguientes argumentos: (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*. Esta distinción permite

sostener que por más que los jueces no estén de acuerdo en cómo aplicar una norma a un caso en particular, esto no implica que los jueces no puedan estar de acuerdo sobre el contenido de dicha norma. Además, por más que exista un desacuerdo entre los jueces sobre el contenido de una norma, concebir la convencionalidad de la regla de reconocimiento como una actividad cooperativa compartida —SCA—, ofrece un marco que permite determinar dicha norma apelando a argumentos morales sustantivos. (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.

No obstante, la tesis de la convencionalidad no sólo permite, a juicio de sus defensores, explicar la juridicidad de las normas, sino también la normatividad del derecho; cuestión que —para estos autores— no ha sido resuelta convincentemente ni siquiera por el propio Hart. Para resolver esta cuestión, se desarrolla la tesis según la cual la obligatoriedad del derecho puede residir sobre la noción de convenciones de coordinación; es decir, en la idea de que el derecho convencional es capaz de crear obligaciones morales porque es capaz de crear expectativas legítimas y estables sobre el comportamiento de los demás. Así, su obligatoriedad se fundamentaría en que el incumplimiento de estas expectativas perjudica y pone en peligro a quienes forman parte de la convención. Si bien esta explicación ha sido defendida durante muchos años, recientemente se ha preferido sustituir este argumento por el que sugiere que la regla de reconocimiento es una actividad cooperativa compartida —SCA—. La razón de este cambio en la argumentación es que esta nueva fórmula parece ser más completa y, además, parece reflejar mejor la unidad de la visión que defiende la convencionalidad de la regla de reconocimiento incluyente. Por esto, en definitiva, se sostiene que el obrar de los jueces es una actividad cooperativa compartida.

b) La otra tesis positiva, afirma que el ILP es preferible al ELP por su capacidad para explicar o describir mejor el funcionamiento de los modernos sistemas constitucionales que poseen cartas de derechos fundamentales, como el canadiense (Waluchow). Así, esta tesis reprocha al ELP que su respuesta, según la cual cada vez que el derecho hace referencia de hecho a la moral el juez posee discrecionalidad o apela a estándares extrajurídicos, no parece reflejar el funcionamiento real de los sis-

temas constitucionales.¹²⁰⁹ De hecho, para los defensores del ILP que consideran que el ELP asocia las referencias que hace el derecho a la moral con la discrecionalidad judicial, la visión del ELP genera una indeterminación casi total del derecho, porque los modernos sistemas constitucionales hacen referencia a la moral en muchas oportunidades. De esta forma, estos autores afirman que esta diferencia con el ILP supone una diferencia en la interpretación de la tesis de la discrecionalidad judicial, tesis que de algún modo parecen defender todos —o casi todos— los positivistas. Así, la tesis incluyente de la discrecionalidad parece afirmar que no siempre que el derecho apela a la moral los jueces poseen discrecionalidad, aunque ello no equivale a desterrar por completo la discrecionalidad judicial. En definitiva, para estos autores, un juez posee discrecionalidad sólo cuando el test de validez jurídica —que puede o no poseer componentes morales— se muestra incapaz de determinar una única respuesta correcta.¹²¹⁰

5) Hasta aquí se han expuesto prácticamente todas las tesis positivas incluyentes. De hecho, algunas de las cuestiones más debatidas entre el ILP y el ELP, como el argumento de la autoridad del derecho y la tesis de la diferencia práctica, sólo parecen dar origen a argumentaciones incluyentes defensivas. En concreto, *contra la tesis raziana de la autoridad del derecho* las diferentes versiones del ILP:

a) Se han simplemente limitado a observar que *dicha tesis es incorrecta o que no se encuentra debidamente justificada*.

b) Intentan probar que *dicha tesis puede ser compatibilizada con el ILP*. Así, la mayoría de los autores incluyentes dedican sus esfuerzos a demostrar que la tesis de la autoridad del derecho de Raz:

b1) No plantea problemas a algunas versiones del ILP, porque *el grupo de razones morales a las que remite una regla de reconocimiento in-*

1209 Algunos autores observan que si bien la respuesta del ELP puede parecer contraintuitiva, es conceptualmente correcta, aunque no por esto menos problemática; ya que, de ella parece deducirse que el derecho renuncia a su pretensión de constituir un conjunto de razones perentorias —es decir, a su autoridad— en los casos en que el derecho remite a la moral.

1210 Para Coleman, la incorporación de la moral al derecho está lejos de eliminar la tesis positivista de la discrecionalidad judicial. De hecho, para este autor, la incorporación de estándares morales controvertidos al derecho tiene como consecuencia el aumento de casos controvertidos o vagos que exigen su resolución por medio de la discrecionalidad. Cfr. Coleman, J. y Leiter, B., “Legal Positivism”, *cit.*, nota 568, p. 251.

cluyente puede no ser idéntico al grupo de razones dependientes bajo disputa.

b2) Resulta demasiado estrecha y, por esto, esbozan las líneas de una visión de la autoridad diferente o más relajada, *quitando el elemento excluyente de dicha tesis.*

b3) No plantea problemas a ninguna versión del ILP, si se distingue entre la regla de reconocimiento y la regla de identificación.

b4) No plantea problemas a ninguna versión del ILP, porque *admitir que el derecho en general debe tener el tipo de autoridad que Raz le atribuye, no implica admitir que todas las normas deben tener este tipo de autoridad.*

6) En lo que respecta a la *tesis de la diferencia práctica*, las diferentes versiones del ILP se defienden:

a) *Refutando algunos de los presupuestos de la tesis de la diferencia práctica*, como puede ser el argumento de la función del derecho.

b) *Sosteniendo que dicha tesis no es incompatible con el ILP.* Para esto:

b1) Sostienen que esta tesis no plantea problemas a las versiones del ILP que admiten que la moral sólo puede ser incorporada al derecho como condición necesaria de validez jurídica, porque *este tipo de reglas de reconocimiento incluyente no necesariamente vacían de significado práctico a la norma validada, aunque sólo sea porque siempre habrá otras condiciones —como la cristalización o promulgación— que deban ser cumplidas para que esa norma pueda ser válida.*

b2) Afirman que la idea de que el derecho deba ser capaz de hacer una *diferencia práctica no tiene porque interpretarse de forma tal que sea aplicable a todas las normas, cuando puede aplicarse sólo al derecho en general.*

b3) Sostienen que si el ILP y la tesis de la diferencia práctica son incompatibles, como el ILP resulta importante para explicar como funcionan las modernas democracias, se sugiere *rechazar la tesis de la diferencia práctica.*

b4) *Proponen versiones moderadas del ILP*, que permiten que un sistema jurídico incluyente tenga la regularidad mínima necesaria para poder ser considerado como tal.

b5) *Ofrecen visiones sobre el tipo de guía que tiene que proporcionar el derecho que no sean incompatibles con las reglas de reconocimiento incluyentes.*

7) Algo parecido a lo dicho sobre la tesis de la autoridad y de la diferencia práctica puede decirse sobre el problema —observado tanto por Dworkin como por algunos ELP y, de hecho, reconocido por algunos incluyentes— que supone para el ILP *la necesidad de que la moral sea objetiva*. Con respecto a esta cuestión, en general se intenta:

a) *Sostener que no es relevante para la práctica jurídica si un juez crea nuevo derecho con base en la moral o si, guiado por su juicio moral, aplica derecho preexistente* —lo que supone que la moral es objetiva—.

b) *Recordar que el positivismo jurídico no necesariamente debe rechazar la objetividad de la moral.*

c) *Admitir tímidamente que algunas cuestiones morales pueden ser objetivas*, aunque sin defender que la moral tiene que ser objetiva para que el positivismo jurídico sea viable.

d) *Defender algunas de las consecuencias propias de defender al ILP sin necesidad de pronunciarse sobre la objetividad de la moral.*

e) *Mostrar que es posible concebir una teoría moral objetivista que no sea realista.*

8) Analizadas las tesis incluyentes relacionadas con la teoría del derecho, resta observar cómo es *la aproximación metodológica al estudio del derecho que defienden los autores incluyentes*. Antes de comenzar con esta cuestión es necesario tener en cuenta que, en general, *todos los incluyentes pretenden continuar el camino legado por Hart* —una teoría general y descriptiva—, aclarando sus escasas y ambiguas afirmaciones, y defendiéndolas de las críticas dworkinianas. Esto implica que los autores incluyentes —salvo alguna excepción— *no proponen una metodología propia, sino más bien responden a las críticas dworkinianas contra la aproximación metodológica positivista*.

En concreto, algunos autores incluyentes se ocupan de distinguir entre: (a) valoraciones 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 lo mejor que se puede; y (d) querer evitar que parezca estúpido lo que hacen quie-

nes se encuentran comprometidos en una práctica que es objeto de estudio y querer justificar moralmente lo que uno observa. Con estas distinciones se pretende defender la posibilidad de una teoría “impura” y, a la vez, descriptiva-explicativa. En definitiva, una alternativa posible y deseable a las racionalizaciones moralmente comprometidas representadas por las concepciones del derecho de Dworkin.

Otros autores, en cambio, afirman que el positivismo jurídico realiza un análisis conceptual del derecho que busca descubrir las principales características de los conceptos jurídicos —es decir, las características que son centrales para nuestra compresión de dichos conceptos—. Además, aclaran que la teoría de Hart es descriptiva en el sentido de que no trata de inferir la legitimidad de la legalidad; es decir, la teoría de Hart es descriptiva en el sentido de que no busca justificar al derecho. Por último, afirman que si por normativo se entiende racionalizar un concepto articulando criterios para su uso que permitan ser más precisos que utilizando dicho concepto de otro modo, Hart aceptaría la normatividad de su análisis conceptual.

Si bien, las aproximaciones metodológicas incluyentes parecen semejantes, *algunos autores critican el modo descriptivo en que otros autores incluyentes se acercan al estudio del derecho*. En concreto, rechazan una aproximación metodológica descriptiva-explicativa por considerarla contraria a la metodología conceptual. Por ejemplo, rechazan la tesis que afirma que el ILP posee mayor precisión descriptiva que el ELP, en lo que respecta a la explicación de cómo las Constituciones incorporan valores morales al derecho, por considerarla inútil, toda vez que el debate ILP/ELP es conceptual y no descriptivo. A esta crítica se ha respondido que la metodología “descriptiva” también puede ser caracterizada como “interpretativa” porque permite la inclusión de los valores morales, aunque con una racionalidad neutral y no justificatoria. Además, se ha sostenido que el argumento relativo a la dificultad del ELP para explicar las cartas de derechos constitucionales puede ser formulado tanto desde premisas descriptivas como conceptuales.

Para finalizar, *resta observar que el debate sobre el ILP es en buena medida un debate acerca de la esencia del positivismo jurídico*. Es decir, que cuando se debate si el ILP es una versión aceptable del positivismo jurídico, en buena medida se está debatiendo cuál es la esencia de la tradición positivista. Tanto Dworkin como Raz —principales opositores del ILP— han puesto en tela de juicio la posibilidad de que una versión

coherente del positivismo jurídico pueda admitir la presencia de principios morales dentro del derecho. De hecho, ambos autores parecen caracterizar el positivismo jurídico del mismo modo, aunque obviamente uno de ellos desde dentro y el otro desde fuera de la tradición positivista.

De la caracterización precedente cabe inferir un rasgo del ILP que de algún modo ha sido esbozada a lo largo de todo este trabajo: *el ILP es una teoría de carácter primordialmente defensivo*. Normalmente se ha hecho referencia a esta cuestión al observarse —en más de una oportunidad— la estrategia defensiva que adopta el ILP a la hora de desarrollarse como una teoría del derecho. Esta característica se capta con claridad en la notable desproporción que parece existir entre la cantidad de literatura académica que ha surgido en torno al debate sobre el ILP y las escasas tesis positivas que parecen desprenderse de esta discusión.

Si bien todas las teorías surgen en un contexto y con el objetivo de responder a algunas cuestiones concretas, el ILP se caracteriza por haber surgido sólo como una adaptación o defensa de una versión concreta del positivismo jurídico a unas críticas concretas presentadas por Dworkin. Es cierto que su propuesta ha sido desarrollada posteriormente; sin embargo, tal desarrollo también parece estar directamente relacionado con el intento de defender la viabilidad de la propia teoría frente a las réplicas dworkinianas y las críticas del ELP.

Así, puede concluirse que el ILP es una teoría que en primer lugar busca defender el positivismo jurídico —hartiano— de los desafíos de Dworkin, para luego esforzarse por proteger esta propuesta de las objeciones presentadas por el ELP. En palabras de Waluchow, lo que se busca es “demostrar que existe una teoría positivista que puede ser encontrada en alguna parte entre el positivismo excluyente de Raz y la teoría del derecho (natural) como integridad de Dworkin”.¹²¹¹

Esta característica del ILP, que lo define como una respuesta o una defensa más que como una propuesta, tiene por lo menos dos consecuencias. Por un lado, hace que sea difícil —o imposible— comprender el debate en torno al ILP sin tener en cuenta tanto las críticas dworkinianas al positivismo jurídico como las posteriores refutaciones de este autor y del ELP a esta versión positivista. Esto es lo que justifica que en el presente trabajo se haya abordado la exposición del ILP por referencia al marco de discusión en que se ha desarrollado. Por el otro, explica por qué es di-

1211 *ILP*, p. 3.

fícil encontrar tesis positivas —es decir, no defensivas— en el ILP, y cómo incluso las escasas tesis positivas del ILP tienen también un propósito defensivo.

En definitiva, el hecho que el ILP sea el resultado de un esfuerzo por demostrar que es posible imaginar un positivismo jurídico entre la teoría del derecho dworkiniana y un positivismo excluyente marca la estrategia que esta teoría adoptará desde sus orígenes hasta su situación actual. Dicha estrategia hace que en algunos momentos el observador externo tenga la sensación, y aun la certeza, de que el debate en torno al ILP está más cerca de ser un debate sobre la viabilidad de una teoría del derecho, que un debate sobre la realidad del derecho.¹²¹² De hecho, la estrategia defensiva o negativa propia del ILP ha llevado a algunos autores a temer que se pueda confirmar la intuición de muchos profesores de derecho que sugiere que “la teoría analítica en general, y los debates sobre el positivismo en particular, son grandes preocupaciones irrelevantes de un pequeño grupo de pedantes obsesionados por las cuestiones filosóficas pero despreocupados por las cuestiones sociales (*socially unaware*), muchos de cuyos miembros son ingleses y, la mayoría de los cuales ya están muertos”.¹²¹³ Por todo esto, parece lógico seguir la recomendación de otros autores que consideran necesario vigilar constantemente las disputas en la teoría analítica para asegurarse que éstas no sean sólo aparentes, y que en realidad lo único que se hace es hablar unos de los otros.¹²¹⁴

¹²¹² Cfr. Rivas, P., “El sentido de la Teoría Jurídica del Inclusive Legal Positivism”, Comunicación al XXII Congreso Mundial de Filosofía del derecho y Filosofía Social, Granada, 2005.

¹²¹³ Schauer, F., “Positivism Through Thick and Thin”, *cit.*, nota 323, p. 69.

¹²¹⁴ Cfr. Bix, B., “Patrolling the Boundaries: Inclusive Legal Positivism and the Nature of Jurisprudence Debate”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, *cit.*, nota 575, p. 33.