



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS DEL DERECHO

UNA REVISIÓN DEL ESTADO ACTUAL DE LA DISCUSIÓN ENTRE RONALD
DWORKIN Y LOS POSITIVISTAS
La (ir)relevancia de la distinción entre principios y reglas

Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales

FRANCISCO JAVIER SAFFIE GATICA

Profesor Guía: Fernando Atria Lemaitre

Santiago, Chile 2007

A mis padres

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	V
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I.....	4
LA PRIMERA CRÍTICA DE DWORKIN AL POSITIVISMO JURÍDICO.....	4
1.1. El positivismo jurídico de Hart.....	4
1.2. Las fuentes sociales del derecho. El derecho como un conjunto de reglas sociales..	6
1.3. Reglas primarias y secundarias.....	10
1.4. Distintos tipos de reglas secundarias	13
1.5. La regla de reconocimiento hartiana.....	15
1.6. La primera crítica de Dworkin. Los problemas de la regla de reconocimiento	21
1.7. La regla de reconocimiento y el deber de los jueces de aplicar la ley	22
1.8. Principios y reglas como estándares normativos.....	26
CAPÍTULO II.....	34
LOS DUROS RESPONDEN A DWORKIN: EL POSITIVISMO JURÍDICO EXCLUYENTE.....	34
2.1. El escenario	34
2.2. El positivismo excluyente de Raz	36
2.3. La tesis de las fuentes del derecho	40
2.4. La lógica interna del derecho.....	42
2.5. Los principios jurídicos y la tesis de las fuentes	45
2.6. Los problemas del positivismo jurídico excluyente.....	48
CAPÍTULO III.....	55
EL POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE: LA RESPUESTA DE LOS RENOVADOS.	55
3.1. Consideraciones generales.....	55
3.2. El positivismo incluyente de José Juan Moreso	57
3.3. El positivismo incluyente de Jules Coleman	63

3.3.1. La normatividad del derecho y su carácter convencional o el carácter positivista de la tesis de Coleman.....	64
3.3.2. El carácter incluyente del positivismo de Coleman.....	71
3.3.3. Las pretensiones que caracterizan la concepción incluyente de Coleman.....	74
CAPÍTULO IV	84
EL ESTADO DE LA CRÍTICA DWORKINIANA AL POSITIVISMO JURÍDICO	84
4.1. Nuevamente sobre la distinción entre principios y reglas.....	86
4.2. El propósito de Dworkin al introducir la distinción entre principios y reglas y sus límites.	92
4.3. La insuficiencia de las respuestas desde el positivismo.....	103
4.4. Los riesgos de fundar una concepción del derecho en una distinción irrelevante. .	110
CAPÍTULO V	116
CONCLUSIONES.....	116
BIBLIOGRAFÍA.....	119

RESUMEN

Esta memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile es un trabajo de teoría del derecho. En ella se busca revisar críticamente el estado de la discusión que en la teoría del derecho anglo-norteamericano surgió luego de la crítica al positivismo jurídico formulada por Ronald Dworkin a fines de la década de los sesentas.

La metodología empleada ha sido el análisis de las distintas concepciones del derecho que han servido de eje central a la discusión. Para ello se revisaron los libros, artículos y otros trabajos en los que los teóricos del derecho que han participado en esta discusión han expuesto sus ideas. Este análisis se ha centrado principalmente en parte de los trabajos de autores anglo-norteamericanos tales como H. L. A. Hart, Ronald Dworkin, Joseph Raz y Jules Coleman. Entre los autores latinoamericanos se han tenido en consideración los trabajos de Fernando Atria y José Juan Moreso.

Para situar el escenario en que surgió la discusión, en el primer Capítulo del trabajo se analiza la concepción positivista del derecho de Hart y la crítica formulada a ésta por Dworkin.

Los dos siguientes Capítulos buscan mostrar las respuestas que desde el positivismo jurídico desarrollaron los herederos de Hart a la crítica de Dworkin. De esta forma en el segundo, se analiza la respuesta de los

positivistas excluyentes (Raz) y en el tercero la respuesta de los positivistas incluyentes (Coleman).

Revisado el origen de la discusión y las respuestas de los positivistas al desafío, el cuarto Capítulo busca revisar el éxito de las respuestas positivistas a la crítica dworkiniana y las consecuencias que este debate tiene para nuestra comprensión del derecho moderno.

INTRODUCCIÓN

La teoría del derecho tuvo un renacimiento con la concepción positivista elaborada por H. L. A. Hart en su famoso libro “El Concepto de Derecho”, desde un largo período y hasta ese momento la teoría del derecho no representaba un terreno atractivo para desarrollar investigación académica. En ese trabajo, Hart buscó explicar las condiciones bajo las que es posible hablar de la existencia de un sistema jurídico en un Estado moderno, utilizando una metodología que se enmarcaba en la filosofía analítica. Hart concluyó que el derecho es un sistema complejo de reglas sociales en las que se funda la normatividad del derecho.

Como era de esperarse, el trabajo de Hart incentivó otros trabajos en la teoría del derecho y no estuvo libre de críticas. La crítica más relevante, considerando que es la que motivó la discusión desde fines de los sesentas hasta hoy, fue la planteada por Ronald Dworkin. Según Dworkin la concepción del derecho de Hart no permitía explicar la forma en que abogados y jueces normalmente argumentan cuando se encuentran frente a un problema de aplicación de normas jurídicas, puesto que no daba cuenta de otros estándares normativos (distintos de las reglas jurídicas) a los que habitualmente apelaban los operadores jurídicos, los que denominó principios y directrices políticas. Estos principios y directrices políticas son estándares normativos que no pueden ser reconocidos como parte del derecho según el estándar, i.e. la regla de reconocimiento, que permite identificar las normas jurídicas válidas en la teoría de Hart.

Esta crítica de Dworkin generó la reacción de los herederos de Hart, ya que éste no alcanzó en vida a responder las objeciones de Dworkin. De esta forma, los seguidores de Hart se dividieron entre aquellos que adoptaron una posición dura, excluyendo del sistema jurídico a aquellos estándares normativos que no pueden ser identificados por la regla de reconocimiento, y los que adoptaron una estrategia más blanda, aquellos que ajustaron la regla de reconocimiento para incluir los estándares normativos distintos de las reglas jurídicas en el sistema jurídico y defendieron la tesis positivista dura como una posibilidad conceptual.

El estado actual del debate no ha mostrado mucho avance desde entonces. Los positivistas se olvidaron de la discusión con Dworkin y continuaron con una serie de rencillas entre los duros o excluyentes y los blandos o incluyentes. Hace poco Dworkin ha vuelto a insistir en el verdadero objeto de su crítica mostrando cierta preocupación por lo infructuoso del debate. La cuestión verdaderamente problemática de todo esto, más allá de la pérdida de tiempo, ha sido que los positivistas han olvidado lo verdaderamente importante que esta concepción del derecho debería defender, nuestra comprensión de los sistemas jurídicos modernos como expresión del autogobierno democrático.

Este trabajo pretende hacer un recuento de la discusión y plantear el problema al que ha llevado la discusión entre los positivistas. Para ello en el Capítulo I se analiza la concepción del derecho de Hart y la crítica formulada

por Dworkin. En los Capítulos II y III se revisan las respuestas de los positivistas excluyentes e incluyentes, respectivamente. El Capítulo IV pretende revisar el estado de la crítica de Dworkin al positivismo jurídico y los riesgos que representan para la comprensión moderna del derecho las respuestas de los positivistas.

CAPÍTULO I

LA PRIMERA CRÍTICA DE DWORKIN AL POSITIVISMO JURÍDICO

1.1. El positivismo jurídico de Hart

Para cualquiera que esté familiarizado con alguno de los temas que hoy dominan las discusiones que se presentan entre aquellos dedicados al estudio de la teoría del derecho, es posible notar la influencia que ha tenido la concepción positivista planteada por H.L.A. Hart en su libro “El Concepto de Derecho”¹. En ese trabajo Hart propuso una visión del positivismo jurídico que entiende a los sistemas jurídicos desarrollados como un conjunto de reglas sociales, en oposición a la tesis del positivismo jurídico hasta entonces dominante, i.e. la defendida por John Austin en “The Province of Jurisprudence Determined”². Para Hart la tesis de Austin es una explicación simple del derecho, según la cual:

“[D]ondequiera que haya un sistema jurídico es menester que exista alguna persona o cuerpo de personas que emitan órdenes generalmente respaldadas por amenazas y que esas órdenes sean generalmente obedecidas, y tiene que existir la creencia general de que esas amenazas serán probablemente hechas efectivas en el supuesto de desobediencia. Esa persona o cuerpo

¹ HART, The Concept of Law. En lo que sigue, las citas a este libro serán a la versión traducida por Genaro Carrió, HART, El Concepto de Derecho. Este trabajo de Hart junto con el de Kelsen, KELSEN, Teoría Pura del Derecho, son considerados por muchos, los más influyentes de la segunda mitad del siglo XX. Así por ejemplo, MACCORMICK, H.L.A. Hart; DE PARAMO, H.L.A. Hart y la Teoría Analítica del Derecho; y, RUIZ MANERO, Jurisdicción y Normas.

² AUSTIN, The province of jurisprudence determined.

debe ser internamente supremo y externamente independiente, las normas jurídicas de cualquier país serán los órdenes generales respaldados por amenazas dictadas por el soberano o por los súbditos que obedecen a aquél³.

Como es bien sabido, el trabajo de Hart se enmarca dentro de la teoría analítica del derecho⁴, sin dejar de lado la sociología descriptiva⁵, concentrándose en el “análisis de los conceptos de derecho y de un sistema jurídico a través de la discusión de la forma en que las reglas que se refieren a la conducta humana son utilizadas como estándares sociales de conducta, algunas veces combinadas en un complejo todo sistemático en el que los conceptos del

³ HART, *op. cit.* en n. 1, p. 32, destacado agregado.

⁴ Según MacCormick las teorías analíticas del derecho tienen por finalidad “mejorar la comprensión del derecho y de las ideas jurídicas, tanto por ese sólo fin como para el valor práctico derivado de ese conocimiento”. MACCORMICK, *op. cit.* en n. 1, p. 12. El análisis de la relación entre la teoría analítica del derecho y filosofía analítica excede con creces el propósito de este trabajo. Una definición que puede ser útil para estos fines, aunque no es suficiente para comprender todo el trasfondo de las discusiones que pueden existir respecto de la posibilidad de enmarcar sin distinciones las distintas escuelas que forman parte de la filosofía analítica, es la propuesta por Gianluigi Palombella, para quien la teoría del derecho analítica inglesa “[está] fundada sobre criterios lógicos descriptivos y orientada a la individualización de las categorías y de los conceptos jurídicos infiriéndolos no a través de una deducción racionalista, sino empírico-fáctica, que permita abstraerlos, también comparativamente, desde los ordenamientos jurídicos positivos”. PALOMBELLA, *Filosofía del Derecho. Moderna y Contemporánea*, p. 101.

⁵ “[P]orque la sugestión de que las investigaciones de los significados de las palabras simplemente arrojan luz sobre éstas, es falsa. Muchas distinciones importantes [...] pueden ser esclarecidas mejor mediante un examen de los usos típicos de las expresiones relevantes y de la manera que éstas dependen de un contexto social que a menudo no se expresa”. HART, *op. cit.* en n. 1, pp. xi, xii.

discurso jurídico tienen sentido y se vuelven aplicables en los contextos sociales apropiados”⁶.

A mi juicio, el principal aporte de la concepción del derecho de Hart, se encuentra en el cambio que implica para la comprensión del derecho el paso de entender las normas jurídicas como un conjunto de órdenes generales dictadas por el soberano y respaldadas por amenazas, a un conjunto de reglas sociales que determinan la conducta humana en sociedad. De esta forma Hart logra dar una explicación de la normatividad del derecho que no descansa en la posibilidad de la coacción contra los destinatarios de la norma sino en la noción de regla social. Esta es la forma en que se logra distinguir entre la orden que da un jefe de la mafia y una norma de conducta que forma parte del derecho. Hart logra de esta manera fundar la noción de obligación en un hecho social. El aspecto normativo de la regla social está dado por el aspecto interno de las normas (sigo esa norma porque la considero una regla).

1.2. Las fuentes sociales del derecho. El derecho como un conjunto de reglas sociales

Para Hart el sistema jurídico es un sistema de reglas sociales por dos razones: (i) porque como reglas pretenden gobernar la conducta de seres humanos en

⁶ MACCORMICK, *op. cit.* en n. 1, p. 3, destacado agregado.

sociedad, y (ii) porque el origen y existencia de estas reglas radica exclusivamente en prácticas sociales humanas⁷.

Las reglas sociales se diferencian de otros tipos de hábitos que se refieren a la conducta humana en tres aspectos: (i) tienen lo que Hart llamó un “aspecto interno”, esto es, no pueden ser explicadas con la sola referencia a regularidades externas de conducta. Vale decir, las reglas sociales al igual que los hábitos sociales pueden ser explicados por un observador como una conducta regular uniforme. En otras palabras, reglas y hábitos sociales comparten un “aspecto externo”. Sin embargo, a diferencia de los hábitos sociales, las reglas sociales no pueden ser explicadas con la sola referencia a regularidades externas de conducta porque tienen asociado lo que Hart denominó un “aspecto interno”; (ii) establecen estándares de conducta exigibles. La existencia de una regla social supone que por lo menos algunas de las personas que forman parte de un determinado grupo social asuman que la conducta establecida en la regla se trata de una pauta o criterio general de comportamiento que debe ser seguido⁸. La regla social da lugar a una “actitud crítica reflexiva frente a ciertos modelos de comportamiento en tanto que pautas o criterios de conducta comunes”⁹ lo que permite una identificación de la conducta exigida con expresiones que manifiestan una exigencia normativa¹⁰; y

⁷ *ibid.*, p. 20.

⁸ HART, *op. cit.* en n. 1, p. 71.

⁹ *ibid.*, p. 72.

¹⁰ Para más detalles en esta materia y una revisión crítica de este aspecto de la tesis de Hart, véase MACCORMICK, *op. cit.* en n. 1, especialmente capítulo 3 y

(iii) existe una conciencia de que el estándar de conducta establecido debe ser observado. Como consecuencia del aspecto interno, las reglas sociales se distinguen de los hábitos en que la actitud crítica frente a la desviación de la conducta exigida por la regla se considera justificada o legitimada, ya que la desviación en sí misma es considerada una buena razón para criticar la falta ocurrida. A diferencia de los hábitos, las reglas sociales están asociadas con la comprensión común de un grupo de personas que tiene conciencia de que esa conducta debe ser considerada un estándar que debe ser seguido por todos los miembros del grupo.

Una vez establecidos los elementos que diferencian a las reglas sociales de los hábitos sociales, Hart revisó los elementos que dentro de las reglas sociales distinguen a las reglas jurídicas. A diferencia de otras reglas sociales, las reglas jurídicas se caracterizan por: (i) establecer obligaciones o deberes, y (ii) por tener una cualidad sistemática dependiente de la interrelación de dos tipos de reglas, denominadas por Hart, reglas primarias y secundarias¹¹.

Las reglas jurídicas establecen obligaciones o deberes que son aplicables a todos los miembros del grupo social en el que fueron establecidas, tal como ocurre por ejemplo en el caso de las normas penales que son aplicables, en principio y sin entrar en detalles del derecho penal, contra quien realice culpablemente la conducta típica. Por el contrario, las órdenes respaldadas por

MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, en especial el Apéndice "Sobre el 'aspecto interno' de las normas", p. 275 y ss.

¹¹ MACCORMICK, *op. cit.* en n. 1, p. 20.

amenazas no pueden ser entendidas de esta forma ya que sólo son aplicables a los destinatarios de dichas órdenes y no a quien las dicta. De lo contrario, dejarían de ser órdenes.

Hart observó además, que no todas las reglas jurídicas pueden ser comprendidas como órdenes aseguradas con amenazas. En la mayoría de los sistemas jurídicos desarrollados existen ciertas reglas jurídicas que, sin establecer órdenes, confieren potestades públicas o privadas. Así por ejemplo, son reglas que confieren potestades públicas, “aquellas que confieren potestades jurídicas para decidir litigios o legislar”¹², y reglas que confieren potestades privadas, aquellas que establecen las condiciones “para crear o modificar relaciones jurídicas”¹³.

¹² HART, *op. cit.* en n. 1, p. 99.

¹³ *ibid.* El artículo 1445 del Código Civil chileno, es un ejemplo de una regla que confiere potestades privadas. Según esta regla, las personas que cumplan con las condiciones en ella establecidas podrán obligarse con otras mediante actos jurídicos válidos. En términos de Hohfeld, esta regla establece las condiciones por las cuales las personas tienen la potestad de crear actos jurídicos, *vid.* HOHFELD, *Conceptos Jurídicos Fundamentales*.

La aplicación de esta distinción permite resolver con claridad problemas tales como el que discute la doctrina del derecho civil respecto de la naturaleza jurídica de la nulidad de los actos jurídicos y su relación con la inexistencia. Así, parece absurdo plantear que la nulidad es una sanción civil de ineficacia, si con ello se pretende explicar la nulidad como una violación de un determinado deber u obligación. En este sentido, nadie está obligado a celebrar un acto jurídico cumpliendo los requisitos de validez del artículo 1445 del Código Civil, ni tampoco podría decirse que el incumplimiento de esa regla acarrea una sanción para quien realice una conducta prohibida. Más bien, esa regla establece las condiciones que confieren la potestad de realizar actos jurídicos válidos. Por otra parte, esta interpretación resulta plenamente coherente con la nulidad como sanción general respecto de los actos que la ley prohíbe, según lo establecido en el artículo 10 del Código Civil. *vid.*, HART, *op. cit.* en n. 1, pp. 42-48 y para el tratamiento general de la doctrina chilena, por todos VODANOVIC,

Hart critica otros dos aspectos de la concepción simple del derecho como órdenes del soberano respaldadas por amenazas: (i) existen ciertas reglas jurídicas que difieren con las órdenes “en su modo de origen, porque ellas no son creadas por nada análogo a una prescripción explícita”¹⁴, y (ii) es incapaz de explicar la continuidad de la autoridad legislativa, característica de todos los sistemas jurídicos modernos.

Ante las deficiencias de las teorías simples como explicación del fenómeno social que llamamos “derecho” y los infructuosos esfuerzos por rescatar esas teorías, Hart concluyó que:

“La raíz del fracaso es que los elementos con que se ha construido [...], las ideas de órdenes, obediencia, hábitos y amenazas, no incluyen, ni tampoco pueden producir mediante su combinación, la idea de regla, sin la cual no podemos abrigar la esperanza de elucidar ni siquiera las formas más elementales de derecho”¹⁵.

1.3. Reglas primarias y secundarias

La concepción del derecho como un sistema compuesto de un conjunto de reglas de distinta naturaleza permite tener una mejor comprensión de los sistemas jurídicos modernos. Hart observó que en los sistemas jurídicos existen

Manual de Derecho Civil. Partes Preliminar y General. Tomo Segundo, pp. 235 y ss.

¹⁴ HART, *op. cit.* en n. 1, p. 100.

¹⁵ *ibid.*, p. 101, destacado agregado.

reglas que cumplen distintas funciones y las denominó reglas primarias y secundarias.

Las reglas primarias son aquellas que establecen el deber de realizar u omitir una acción, aunque la acción no sea querida por el destinatario de la regla. Las reglas secundarias, especifican las condiciones bajo las cuales las acciones de las personas pueden crear nuevas reglas primarias, extinguirlas, modificarlas, determinar los efectos de ellas o controlar su actuación:

“Las reglas del primer tipo imponen deberes; las del segundo tipo confieren potestades, públicas o privadas. Las reglas del primer tipo se refieren a acciones que implican movimiento o cambios físicos; las del segundo tipo prevén actos que conducen no simplemente a movimiento o cambio físico, sino a la creación o modificación de deberes u obligaciones”¹⁶.

Según Hart una característica importante de las sociedades que tienen un sistema jurídico se encuentra en la conjunción de reglas primarias y secundarias. Esta conjunción representa un avance desde un mundo prejurídico a uno jurídico. La demostración de este avance se encuentra en la superación de los problemas que presenta un sistema de control social semejante al derecho de comunidades poco desarrolladas, en que no existen instituciones legislativas, judiciales o administrativas, donde el derecho es comprendido sólo a través de una noción de reglas primarias. A juicio de Hart, tres son los problemas de las comunidades que viven en un mundo prejurídico: (i) el

¹⁶ *ibid.*

carácter estático de las reglas, (ii) la ineficiencia de la presión social para hacer cumplir las reglas, y (iii) la falta de certeza¹⁷.

Estos defectos de la estructura social simple, tal como hasta ahora ha sido insinuado, se resuelven mediante la introducción de la idea de reglas secundarias. Para cada uno de los problemas identificados, existe una clase de regla secundaria que a su vez incluye muchas de las características que podemos identificar en una comprensión del derecho capaz de explicar la noción de sistema jurídico. Las reglas secundarias se encuentran en un nivel distinto de las reglas primarias porque hacen referencia a ellas, “especifican la

¹⁷ *ibid.*, pp. 113- 6. La falta de certeza es consecuencia de la inexistencia de reglas secundarias. Al no haber reglas distintas de las reglas primarias no existe un procedimiento mediante el cual se reconozca autoridad a una persona o grupo de personas o a un texto con autoridad que, mediante la aplicación de estas reglas de distinta naturaleza y función que las reglas primarias, determine cuáles son las reglas que forman parte de esa comunidad o se pronuncie sobre el contenido de las mismas.

El carácter estático de las reglas en esta sociedad impide que los miembros de ese grupo cuenten con las herramientas suficientes para introducir, de manera rápida y adecuada según las necesidades del grupo, los cambios que se requieren para adaptar las reglas a circunstancias sociales cambiantes. De esta forma, en este sistema no hay reglas que permitan al acreedor librar al deudor ni transferir a un tercero los beneficios derivados del cumplimiento de obligaciones, “tales actos de liberación o transferencia crean cambios en las posiciones iniciales de los individuos, determinadas por las reglas primarias de obligación, y para que esos actos sean posibles tiene que haber reglas de un tipo diferente al de éstas” (HART, *op. cit.* en n. 1, p.116).

Por último, la ineficiencia de la presión social difusa para hacer cumplir las reglas, al no existir reglas que confieran potestades a determinadas autoridades, quiere decir que “[s]iempre habrá discusiones sobre si una regla admitida ha sido o no violada y, salvo en las sociedades más pequeñas, tales disputas continuarán indefinidamente si no existe un órgano especial con facultades para determinar en forma definitiva, y con autoridad, el hecho de la violación” (HART, *op. cit.* en n. 1, p.116).

manera en que las reglas primarias pueden ser verificadas en forma concluyente, introducidas, eliminadas, modificadas, y su violación determinada de manera incontrovertible”¹⁸.

El principal aporte asociado a la caracterización del derecho como un conjunto de reglas primarias y secundarias, está en que otorga una malla conceptual lo suficientemente sofisticada para que los conceptos de “obligación, derecho subjetivo, validez, fuentes del derecho, legislación [...], jurisdicción, y sanción”¹⁹ sean claramente determinados.

1.4. Distintos tipos de reglas secundarias

Tal como mencioné en el apartado anterior, según Hart, los defectos de las teorías que pretenden explicar el derecho fundándose exclusivamente en la noción de reglas primarias se resuelven recurriendo a la idea de reglas secundarias. Para cada uno de los problemas identificados existe un tipo de regla secundaria.

Así, la cualidad estática de un régimen exclusivo de reglas primarias se evita reconociendo la existencia de las reglas que Hart llamó ‘de cambio’. Estas reglas son aquellas que “faculta[n] a un individuo o cuerpo de personas a introducir nuevas reglas primarias para la conducción de la vida del grupo, o de

¹⁸ HART, *op. cit.* en n. 1, p. 117.

¹⁹ *ibid.*, pp. 121- 2.

alguna clase de hombres que forman parte de él, y a dejar sin efecto las reglas anteriores”²⁰.

El problema de la presión social difusa se resuelve a través de otro tipo de reglas secundarias, que Hart denominó reglas de adjudicación. Estas reglas “[a]demás de identificar a los individuos que pueden juzgar, [...] definen [...] el procedimiento a seguir”²¹.

Hart solucionó el problema de la falta de certeza derivado de la estructura simple del derecho con una regla secundaria que permite identificar las normas o textos dotados de autoridad que forman el derecho de un determinado grupo social. La regla secundaria que cumple esta función es la regla de reconocimiento.

La función de la regla de reconocimiento consiste en especificar, “alguna característica o características cuya posesión por una regla sugerida es considerada como una indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una

²⁰ *ibid.*, p. 119. Teniendo en cuenta esta definición es fácil notar que estas reglas se encuentran estrechamente vinculadas a la regla de reconocimiento. Si la regla de reconocimiento determina las cualidades relevantes de las reglas que forman parte de un sistema jurídico, y así para Hart determina el concepto de validez, las reglas de cambio harán referencia a las entidades, públicas o privadas, a las que se les reconocen potestades legislativas suficientes.

²¹ *ibid.*, p. 120. En cierto sentido, estas reglas son también reglas de reconocimiento, ya que al conferir facultades para determinar en forma definitiva el hecho de la violación de una regla admitida identifican una regla primaria. De esta forma, sus “decisiones se convierten en una ‘fuente’ de derecho” (HART, *op. cit.* en n. 1, p.121).

regla del grupo, que ha de ser sustentada por la presión social que éste ejerce”²².

1.5. La regla de reconocimiento hartiana

La regla de reconocimiento hartiana permite poner término a la falta de certeza que caracteriza a las explicaciones simples del derecho entregando los criterios que permiten identificar los textos dotados de autoridad.

A pesar de su nombre, la regla secundaria de reconocimiento no es una regla que especifica las características relevantes que sirven de criterio para determinar la pertenencia de una regla al sistema. Tampoco es necesario que esta regla esté contenida en un cuerpo normativo determinado. Sí es necesario en cambio, que exista un “reconocimiento de la referencia a la escritura o inscripción como revestida de autoridad, es decir, como la forma propia de resolver las dudas acerca de la existencia de la regla”²³.

Según Hart, para poder identificar la regla de reconocimiento es necesario atender a dos elementos, uno normativo y otro fáctico. El aspecto normativo se encuentra en la necesidad de que al menos los funcionarios encargados de aplicar la ley identifiquen desde el punto de vista interno esta regla²⁴, mientras que desde el punto de vista fáctico “[...] su existencia se

²² HART, *op. cit.* en n. 1, p. 117.

²³ *ibid.*, p. 118.

²⁴ Hart introduce la distinción entre enunciados internos y enunciados externos como manifestaciones del punto de vista interno y externo de las normas. *vid.*, *ibid.*, p. 128.

muestra en la manera en que las reglas particulares son identificadas, ya por los tribunales u otros funcionarios, ya por los súbditos o sus consejeros”²⁵.

El aspecto normativo se demuestra en el lenguaje que jueces y otros funcionarios utilizan en la identificación de reglas particulares del sistema, en el que se expresan característicamente enunciados internos tales como “‘It is the law that...’ (‘El derecho dispone que...’)”²⁶. Este aspecto de la regla de reconocimiento permite calificarla como “derecho” ya que al proporcionar “los criterios para la identificación de otras reglas del sistema puede muy bien ser considerada como una característica definitoria del sistema jurídico”²⁷.

La demostración de que la regla de reconocimiento tiene un aspecto fáctico se encuentra en aquellos enunciados externos emanados de un observador, tales como “‘En Inglaterra reconocen como derecho... cualquier cosa sancionada por la Reina en Parlamento...’”²⁸, que muestran que en aquellos casos existe una regla tal en un ordenamiento jurídico determinado. Este es un argumento a favor de calificar la regla de reconocimiento como un hecho, ya que al afirmar que ella “existe” se formula “un enunciado externo

²⁵ *ibid.*, p. 127. Es interesante destacar que en la versión en inglés de El Concepto de Derecho, en esta parte, la palabra que podríamos entender que corresponde con “muestra” en esta cita, está destacada, en lo que entiendo es un intento de Hart de resaltar el carácter fáctico de la regla de reconocimiento, “*For the most part the rule of recognition is not stated, but its existence is shown in the way in which particular rules are identified [...]*”, HART, *op. cit.* en n. 1, p. 101.

²⁶ HART, *op. cit.* en n. 1, p. 128.

²⁷ *ibid.*, p. 139.

²⁸ *ibid.*, p. 128.

sobre un hecho efectivo que se refiere a la manera en que son identificadas las reglas de un sistema ‘eficaz’²⁹.

La doctrina ha discutido cuál de los aspectos que permiten identificar la regla de reconocimiento de un sistema tiene mayor relevancia. Estos distintos énfasis han surgido como respuesta a las distintas críticas que se han formulado en contra de la idea de Hart sobre la regla de reconocimiento³⁰.

El aspecto fáctico pareciera ser más relevante si se considera que dentro de la teoría hartiana del derecho no es posible predicar la validez de la regla de reconocimiento, como sí puede hacerse respecto del resto de las reglas que pertenecen al sistema jurídico definido por esa regla. “La afirmación de que [la regla de reconocimiento] existe puede ser un enunciado de hecho externo. Porque mientras que una regla subordinada de un sistema puede ser válida y, en ese sentido, ‘existir’ aún cuando sea generalmente desobedecida, la regla de reconocimiento sólo existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho”³¹.

²⁹ *ibid.*, p. 139.

³⁰ Para lo que aquí interesa me referiré sólo a algunas de las críticas que se han formulado a la noción de regla de reconocimiento desarrollada por Hart. El análisis detallado de todas las críticas que se han hecho a la regla de reconocimiento hartiana puede verse en, RUIZ MANERO, *op. cit.* en n. 1 y DE PARAMO, *op. cit.* en n. 1.

³¹ HART, *op. cit.* en n. 1, p. 137, destacado agregado. Véase además el texto que acompaña a la nota 25.

MacCormick, en cambio, ha destacado la importancia que tiene para la comprensión de un sistema jurídico moderno tomar como principal característica de la regla de reconocimiento su carácter normativo, expresado en el deber del juez de aplicar el derecho válido reconocido por la regla de reconocimiento³². La preeminencia del carácter normativo, le permite a MacCormick resolver el problema de la circularidad lógica que algunos han visto en la distinción y relación recíproca entre las reglas secundarias de reconocimiento, de cambio y de adjudicación³³.

Mediante un argumento histórico sobre el desarrollo de la jurisdicción y la legislación, MacCormick explica la evolución de la regla de reconocimiento según la autocomprensión de la función judicial como expresión de un acto volitivo-normativo frente a dicha regla. Así, a juicio de MacCormick la regla de reconocimiento en la teoría de Hart es en realidad “una teoría acerca de una regla que se refiere a los estándares que los jueces deben seguir obligatoriamente”³⁴.

Esta redefinición de la regla de reconocimiento acarrea una redefinición del concepto de validez. La regla de reconocimiento ya no determina la validez o existencia de las reglas jurídicas sino que define los “criterios de

³² MACCORMICK, *op. cit.* en n. 1, en especial, *vid.* capítulo 9.

³³ Este problema puede resumirse de la siguiente forma: la validez de las reglas de adjudicación depende de que se satisfaga algún criterio establecido en la regla de reconocimiento, pero la regla de reconocimiento supone la existencia de ‘jueces’, lo que a su vez depende de una regla de adjudicación.

³⁴ MACCORMICK, *op. cit.* en n. 1, p. 114.

reconocimiento”³⁵. Estos criterios de reconocimiento que forman parte de la regla de reconocimiento determinan lo que válidamente puede considerarse como “base para las decisiones judiciales”³⁶. Así, el compromiso de los jueces y de otros funcionarios con la obligación de aplicar la regla de reconocimiento derivan en el reconocimiento de las reglas de cambio, lo que en algún punto lleva al reconocimiento de las reglas de adjudicación.

MacCormick cree de esta forma poder demostrar que “las reglas de reconocimiento, cambio y adjudicación son de hecho interdependientes e interrelacionadas, de forma que el cambio o la redefinición de una de ellas debe ser reflejada en el cambio o redefinición de otra. Pero como el proceso de desarrollo y redefinición es histórico, no implica, después de todo, un vicio de circularidad”³⁷.

Esta interpretación de MacCormick ha sido criticada por Ruiz Manero para quien, siguiendo a Raz, los tribunales tienen como cualidad definitoria la de ser considerados órganos con la potestad de crear “determinaciones autoritativas de la situación jurídica de específicos individuos”³⁸. De esta forma, la definición de MacCormick sería incompleta al no dar cuenta de esta potestad de los tribunales y sus jueces.

Otra alternativa, propuesta por Nino, define ‘juez’ en términos puramente fácticos y considera que los tribunales son aquellos órganos “que de hecho

³⁵ *ibid.*, p. 115.

³⁶ *ibid.*

³⁷ *ibid.*, p. 119.

³⁸ RUIZ MANERO, *op. cit.* en n. 1, p. 128.

pueden (en el sentido fáctico y no normativo de la palabra 'poder') determinar el ejercicio del monopolio coactivo estatal en casos particulares"³⁹. Sin embargo, tal como lo hace Ruiz Manero, esta caracterización puramente fáctica de los jueces deja abierta a la teoría a todas las críticas formuladas por Hart al modelo simple de derecho defendido por Austin⁴⁰.

En el próximo apartado analizaré la crítica de Dworkin a la versión del positivismo jurídico defendida por Hart. Para ello comenzaré con la crítica efectuada a la regla de reconocimiento que busca revisar "la cuestión del carácter que tiene los enunciados que afirman, no ya que la regla de reconocimiento existe (esto es, que es el caso que los jueces y tribunales en su conjunto aceptan como vinculantes y usan concordantemente unos mismos criterios de validez jurídica), sino que los jueces deben hacer lo que ella

³⁹ NINO, Introducción al Análisis del Derecho, p. 128, citado en RUIZ MANERO, *op. cit.* en n. 1, p. 129.

⁴⁰ RUIZ MANERO, *op. cit.* en n. 1, p. 130. Ruiz Manero ofrece una salida alternativa que consiste en definir a quienes son jueces mediante una caracterización teórica que "por un lado, contenga todas las propiedades necesarias para poder hablar de tal y, por otro, evite la circularidad al ser, respecto del sistema jurídico metasistemática ([...]al no incluir referencia a reglas que pertenecen a dicho sistema en virtud de su concordancia con los criterios de validez jurídica aceptados por los jueces)" (RUIZ MANERO, *op. cit.* en n. 1, p. 133). Luego de entregar una larga definición, concluye que "son jueces aquellos que son reconocidos socialmente como tales, esto es, como titulares de los deberes y poderes normativos que definen el rol judicial" (RUIZ MANERO, *op. cit.* en n. 1, p.133). No entiendo, sin embargo, por qué el giro de Ruiz Manero; si bien es cierto que las relaciones entre las normas de adjudicación y de reconocimiento tienen que ver finalmente con la definición de la actividad judicial, los intentos de MacCormick y de Nino difieren en la metodología utilizada. Ellos siguen intentando definir las relaciones entre las reglas secundarias a través de la observación de lo que hacen los jueces y no intentan definir 'juez' o 'tribunal' con las categorías conceptuales ofrecidas por las reglas secundarias.

prescribe; esto es que los jueces deben fundamentar su decisiones en las reglas identificadas a partir de los criterios de validez contenidos en la regla de reconocimiento. [...E]sta [es una] cuestión [sobre...] los enunciados normativos acerca de la regla de reconocimiento [...]"⁴¹.

1.6. La primera crítica de Dworkin. Los problemas de la regla de reconocimiento

Quiero analizar ahora la que denomino 'primera' crítica de Dworkin, que es la que presenta en "The Model of Rules"⁴². He decidido denominar a esta crítica 'primera' queriendo con ello recalcar que se trata de la primera formulación de la tesis crítica del positivismo jurídico que plantea Dworkin y que por ello, a mi juicio y como intentaré argumentar más adelante, se centra en exceso en la insuficiencia de la regla de reconocimiento para dar cuenta de la existencia de principios morales a los cuales recurren los jueces para resolver las distintas controversias jurídicas que se les presentan. Más adelante veremos⁴³, que la distinción entre principios y reglas tiene una importancia marginal en la formulación definitiva de la teoría del derecho de Dworkin.

La intención de Dworkin fue hacer un ataque general al positivismo jurídico y como la versión de Hart era a su juicio la más desarrollada, cada vez

⁴¹ RUIZ MANERO, *op. cit.* en n. 1, p. 121.

⁴² DWORKIN: "The model of rules". En GUEST, Ronald Dworkin, se detallan las distintas formas en que se publicó este artículo. Fue reimpresso como DWORKIN, *Is law a system of rules?* y como el capítulo 2 de *Taking Rights Seriously*, DWORKIN, *Taking Rights Seriously*. El mismo artículo aparece en DWORKIN, *Is law a system of rules?*.

⁴³ *vid. infra*. Capítulo IV.

que necesitaba un blanco, se centró en ella. Así, la crítica de Dworkin busca mostrar la insuficiencia explicativa de la regla de reconocimiento como característica central que identifica a un sistema jurídico. En este sentido, a su juicio, la regla de reconocimiento presenta dos inconvenientes: (i) no es capaz de explicar la vinculación del juez a la ley, y (ii) si es un criterio de identificación de normas jurídicas es insuficiente porque no da cuenta de los principios, directrices políticas y otros estándares a los que recurren los abogados, al argumentar, y los jueces, al adjudicar un caso particular.

1.7. La regla de reconocimiento y el deber de los jueces de aplicar la ley

En la primera formulación de su crítica, Dworkin analiza y duda de la suficiencia de la regla de reconocimiento hartiana como estándar justificatorio de la obligación de los jueces de aplicar el derecho (la ley). En particular, el análisis de Dworkin se centró en los problemas que surgen de conciliar los aspectos fácticos y normativos que determinan la existencia de la regla de reconocimiento.

Para ello, analiza la diferencia que existe entre un enunciado hecho por un sociólogo respecto de la existencia de una regla y una afirmación de la existencia de la misma realizada por una persona que guía su conducta de acuerdo a ella. Dworkin pone como ejemplo el de la persona que va a la iglesia

y se quita el sombrero antes de entrar creyendo que sigue una regla⁴⁴. De esta manera introduce la distinción entre enunciados que expresan la existencia de una regla social (los del sociólogo) y aquellos que expresan una regla normativa (la de quien entra a la iglesia). A juicio de Dworkin, en estos casos se expresan dos reglas distintas, que a su vez son distintas explicaciones de la obligación de los jueces de aplicar la ley. En este sentido un juez,

“[N]o pretende establecer como un mero dato, [...] que la mayor parte de los jueces cree tener una obligación de respetar lo que el legislador ha establecido; él quiere decir que ellos de hecho tienen tal deber y cita ese deber, no las creencias de otros, como la justificación de sus propias decisiones. Si es así, entonces las reglas sociales no pueden, sin más, ser la fuente de la obligación que él cree tener”⁴⁵.

Tal como mencioné anteriormente, y como Dworkin también considera, Hart recoge esta distinción aunque niega que se trate de dos reglas distintas. Lo que hace Hart es distinguir “entre la existencia de una regla y su aceptación por los individuos miembros de la comunidad en cuestión”⁴⁶.

Según Dworkin, este problema surge porque la teoría de las reglas sociales no es capaz de dar cuenta de una importante distinción entre dos tipos de moralidad social, las que el llama “moral social concurrente y moral social convencional”⁴⁷. La moral social concurrente se presenta en aquellas comunidades en que “sus miembros están de acuerdo en afirmar la misma, o

⁴⁴ DWORKIN, Taking Rights Seriously, p. 50.

⁴⁵ *ibid.*, p. 51, destacado agregado.

⁴⁶ *ibid.*

⁴⁷ *ibid.*, p. 53.

aproximadamente la misma, regla normativa, sin considerar el hecho de ese acuerdo como una parte esencial para fundamentar la existencia de esa regla. Cuando esto sí ocurre, se presenta una moral convencional”⁴⁸.

De esta forma, la teoría de las reglas sociales sólo sería aplicable en aquellos casos en que se presenta una moral convencional. Esta restricción a la teoría de las reglas sociales podría reducir su déficit en la explicación de la obligación judicial ya que puede ser que al menos “los jueces crean que una parte de lo que deben hacer representa una moral concurrente en vez de convencional”⁴⁹. Aun así, el problema fundamental de la tesis de las reglas sociales es que ella no es ni siquiera capaz de explicar la moral convencional, “[...] porque no puede explicar el hecho que aún cuando las personas consideren que una práctica social es parte esencial de los fundamentos para afirmar la existencia de una obligación, pueden todavía estar en desacuerdo respecto de los límites de ese deber”⁵⁰. El punto es que en estos casos de desacuerdo respecto de los límites de una obligación, la tesis de las reglas sociales no puede proporcionar una respuesta que resuelva el problema.

Lo anterior le permite a Dworkin sostener que el desacuerdo en estos casos surge precisamente por la inexistencia de una práctica social que pueda explicar cuál es la norma que los miembros de esa comunidad creen que existe. De esta forma, dos personas pueden estar en desacuerdo respecto de los

⁴⁸ *ibid.*

⁴⁹ *ibid.*, p. 54.

⁵⁰ *ibid.*

alcances de una regla normativa, pero en el caso de las reglas sociales, el desacuerdo significa que “no pueden (porque no es posible) estar apelando a la misma regla social, y al menos uno de ellos puede incluso no estar apelando ni siquiera a una regla social”⁵¹.

De este análisis Dworkin concluye que la tesis de las reglas sociales “fracasa porque insiste en que una práctica debe de alguna forma tener el mismo contenido que la regla que los individuos asignan en su nombre”⁵². La cuestión determinante está en que las disputas respecto de la determinación del contenido de la regla no se refieren a la cuestión “de la regla que es constituida por el comportamiento común, vale decir, a una regla social, sino a la regla que se justifica por el comportamiento común, vale decir, a la regla normativa. [La discusión es] precisamente acerca de lo que esa regla [,la normativa,] es”⁵³.

Dworkin sostiene que los jueces normalmente apelan a una regla normativa que una práctica social justifica y que, generalmente, el desacuerdo respecto de esa regla no se refiere a un desacuerdo acerca de los hechos asociados a la conducta de otros jueces. Así, la mejor forma de entender y explicar el deber de los jueces de aplicar las reglas establecidas por el legislador es considerar que responde a una regla normativa y no a una regla social.

⁵¹ *ibid.*, p. 55, destacado agregado.

⁵² *ibid.*, p. 58.

⁵³ *ibid.*

1.8. Principios y reglas como estándares normativos

La segunda parte de la primera crítica de Dworkin a la concepción positivista asociada a la regla de reconocimiento hartiana, pretende mostrar que ésta no es un criterio que tenga un correlato en la forma en que abogados y jueces comprenden el derecho en su práctica diaria, especialmente cuando se enfrentan a un caso difícil. A juicio de Dworkin, en estos casos se recurre a “estándares que no funcionan como reglas, sino que operan en forma diferente como son los principios, directrices políticas (*policies*) y otras clases de estándares”⁵⁴. En este sentido, el positivismo es una explicación insuficiente del derecho ya que “es un modelo de y para un sistema de reglas, y su tesis central de un test exclusivo para identificar la ley [...] obliga a perder el importante rol que juegan estos estándares que no son reglas”⁵⁵.

Para lo que aquí interesa, analizaré los argumentos que permitirían sostener la distinción entre principios y reglas, sin referirme a la caracterización y función de las directrices políticas y de los otros estándares normativos⁵⁶. Según Dworkin, un principio es un estándar que “debe ser observado [...] porque es un requisito de justicia y equidad o de alguna otra dimensión

⁵⁴ *ibid.*, p. 22.

⁵⁵ *ibid.*

⁵⁶ Las directrices políticas “son aquellos estándares que fijan una meta a ser alcanzada, generalmente una mejora a una situación económica, política o social de una comunidad”. *ibid.* Esta distinción será relevante cuando se revisen los riesgos a los que los herederos del debate entre Hart y Dworkin han expuesto a nuestra comprensión del derecho moderno, *vid. infra*. Capítulo IV.

moral⁵⁷. Tanto las reglas como los principios son estándares que establecen una decisión particular acerca de una obligación jurídica en una circunstancia particular. Difieren, sin embargo, en el carácter de la orientación que dan⁵⁸. La diferencia en la orientación que reglas y principios entregan deriva, según Dworkin, en la diversa estructura lógica que tienen éstos estándares.

De esta forma, reglas y principios se distinguen por el tipo de razonamiento que un operador jurídico debe efectuar al momento de aplicarlos. Las reglas son aplicadas en forma de “todo o nada. Si se presentan los hechos establecidos en la regla, [...] la respuesta que entrega debe ser aceptada, [si no se presentan] no aporta nada a la solución del caso”⁵⁹.

En otras palabras, las reglas responden al ideal de la subsunción, según el cual, concurriendo los presupuestos fácticos de la norma jurídica o presupuesto de hecho, no cabe sino concluir en la forma establecida en dicha regla. En su aplicación “las reglas son entendidas como directivas precisas, cuya aplicación es más bien ‘formal’, ‘lógica’, ‘mecánica’, ‘literal’ y ‘restrictiva’. A los principios se asocia, por el contrario, una aplicación ‘argumentativa’, ‘teleológica’, ‘creadora’ y ‘evolutiva’”⁶⁰.

Un principio se distingue de una regla en tres aspectos, en cuanto a su vaguedad, su mayor abstracción y su apertura. Una regla define con mayor exactitud, en la generalidad de los casos, sus condiciones de aplicación. De

⁵⁷ *ibid.*, p. 22.

⁵⁸ *ibid.*, p. 24.

⁵⁹ *ibid.*

⁶⁰ BARROS: "Reglas y principios en el derecho", p. 270.

esta forma, se ha entendido que “a los principios subyace una lógica ordinal, que se expresa en los términos ‘mejor’ y ‘peor’, mientras que a las reglas subyace una lógica nominal o clasificatoria que se expresa en la alternativa ‘si/no’”⁶¹. En base a esta distinción lógica se ha generalizado la opinión de que los principios son utilizados para fundamentar decisiones en casos que no han sido expresamente contempladas por el legislador creando una regla particular que se aplique al caso concreto, mientras que las reglas se aplican sin ser necesaria una deliberación por el actor a la hora de guiar su conducta de acuerdo a ella⁶².

Por ejemplo, según Dworkin, los problemas que pueden surgir en los casos de aplicación de reglas jurídicas pueden ser aminorados recurriendo a las excepciones. Nada impide teóricamente que para cada regla pueda crearse una lista exhaustiva de excepciones (aunque en la práctica esto parece inviable⁶³). Por el contrario, en aquellos casos en que surgen problemas en la aplicación de principios no es necesario establecer excepciones. Como los principios “no establecen consecuencias legales que se [sigan] automáticamente cuando las condiciones establecidas se cumplen”⁶⁴, no interesa enumerar las excepciones

⁶¹ *ibid.*

⁶² *vid.* AARNIO, Las reglas en serio. Para una crítica a la posición defendida por Aarnio, *vid.* SAFFIE: "Reglas, principios y positivismo ético".

⁶³ Esto no sólo parece inviable técnicamente sino que puede hacer tan complejo una determinada área del derecho que hace perder de vista sus fundamentos. Así ocurre a mi juicio en Chile con el derecho tributario, área que ha llegado a tal nivel de complejidad que ha hecho perder el sentido profundamente igualitarista que informa el sentido moderno de la tributación.

⁶⁴ DWORKIN, *op. cit.* en n. 44, p. 25.

que pueden presentarse al contenido sustantivo establecido en el principio, ya que las razones contrarias no son excluyentes si se considera que los principios operan entregando "razones que argumentan en favor de una dirección, pero no necesitan establecer una decisión particular"⁶⁵.

Según Dworkin, la distinción es aún más clara si se observa que los principios no se parecen a las reglas⁶⁶. Entiendo que con esta descripción, Dworkin quiere resaltar la forma en que reglas y principios se expresan; las primeras, como juicios hipotéticos que exigen, concurriendo el supuesto de hecho, actuar de la forma contemplada en ella: "si a, entonces b", y principios como juicios categóricos que "ni siquiera pretenden definir los deberes específicos que derivan de [una]... obligación"⁶⁷.

Si bien este segundo criterio diferenciador rescata el modo normal de apreciación de los distintos estándares normativos, me parece, sin embargo, que no es por sí mismo suficiente para fundar, en algún sentido relevante, la existencia de la distinción entre principios y reglas porque, en otras palabras, sostiene que la distinción dependería de la formulación lingüística de la norma. Esto implicaría que para determinar cuando estamos frente a un principio o una regla bastaría la sola lectura de la norma lo que sabemos no siempre ocurre

⁶⁵ *ibid.*, p. 26. Sobre las reglas como razones excluyentes, *vid.* RAZ, *Practical Reasons and Norms*.

⁶⁶ DWORKIN, *op. cit.* en n. 44, p. 26.

⁶⁷ *ibid.*

así⁶⁸. En la mayoría de los casos, por el contrario, la formulación lingüística del estándar jurídico no nos permite determinar si la norma en cuestión es una regla o un principio. El mismo Dworkin parece reconocer que esto es así cuando cita el ejemplo del testamento válido. Una regla que señale “Un testamento es inválido a menos que esté firmado por tres testigos’ no es muy distinto en cuanto a su forma que ‘Nadie puede aprovecharse de su propio dolo’, pero alguien que sabe algo de Derecho [estadounidense] sabe que tiene que considerar que la primera establece una regla y que la segunda establece un principio”⁶⁹.

En resumen, hasta aquí hemos encontrado una diferencia entre principios y reglas referida a la forma en que estos estándares normativos son aplicados. Los primeros no se aplican de manera disyuntiva y, a pesar de no admitir excepciones, pueden no ser aplicados en ciertas situaciones a pesar de concurrir los presupuestos de hecho que supondrían la aplicación del principio. Además, estos casos no se consideran excepciones puesto que ni siquiera teóricamente podemos esperar contemplar estas situaciones en una configuración amplia del principio. Dworkin denomina esta característica la

⁶⁸ En este sentido, ver MACCORMICK, *op. cit.* en n. 10, p. 260. A pesar que MacCormick hace esta crítica en referencia a la distinción entre principios y directrices políticas, la cuestión de fondo es igualmente aplicable en este caso.

⁶⁹ DWORKIN, *op. cit.* en n. 44, p. 27, destacados agregados.

“dimensión de peso o importancia”⁷⁰ que tienen los principios y que no tienen las reglas.

La dimensión de peso o importancia se despliega en aquellos casos en que dos principios se contraponen. En esa circunstancia “quien debe resolver el conflicto debe tomar en consideración el peso relativo de cada uno de ellos”⁷¹. Como la dimensión de peso no es “una medida exacta, [...] el juicio que un determinado principio [...] es más importante que otro, será usualmente una cuestión controvertida”⁷². Si el adjudicador pretende determinar la preponderancia de un principio, deberá tomar en consideración el peso relativo de cada uno de los principios en conflicto mediante un acto de ponderación⁷³.

En cambio, como resultado de un conflicto entre reglas o antinomia sólo una de ellas será aplicable. Para decidir cuál de ellas se aplicará al caso particular, será necesario recurrir a criterios formales ajenos a las mismas

⁷⁰ *ibid.*, p. 26. Para Tolonen la dimensión de peso o importancia hace referencia a “la relevancia y el valor que se les asigna a cada [principio] con respecto al otro, cuando se aplican en la práctica”. TOLONEN, Reglas, principios y fines: la interrelación entre derecho, moral y política, p. 71.

⁷¹ DWORKIN, *op. cit.* en n. 44, p. 26.

⁷² *ibid.*

⁷³ Para Robert Alexy, la distinción entre reglas y principios es la distinción teórico-estructural más importante en la teoría de los derechos fundamentales, la diferencia entre estos estándares normativos es cuantitativa y se basa precisamente en esta característica, *i.e.* la ponderación. Según Alexy los principios son mandatos de optimización y su diferencia con las reglas se muestra “clarísimamente” en la forma en que se resuelven las colisiones de principios y los conflictos de reglas. No es el propósito de este trabajo profundizar en el análisis de los criterios de solución de colisión de principios, ver para ello ALEXY, Teoría de los Derechos Fundamentales, pp. 88-98. Para un resumen de la posición de Alexy, *vid.* ALEXY, El Concepto y la Validez del Derecho, p. 162.

reglas, que son “independientes de su contenido, valor o ‘peso’”⁷⁴. Los criterios formales de solución de antinomias normalmente reconocidos son *lex specialis derogat legi generali*, *lex superior derogat legi inferior* y *lex posterior derogat legi priori*⁷⁵. Estos criterios buscan eliminar contradicciones entre reglas incompatibles ya que su estructura binaria no permite respuestas incoherentes que suponen alternativas de acción excluyentes⁷⁶.

Concluye Dworkin que si la regla de reconocimiento es el criterio último para determinar qué normas son válidas en un sistema jurídico, resulta que los principios jurídicos no son parte del derecho, siendo necesario para los positivistas mostrar alguna razón por la que los principios no pueden contar como derecho⁷⁷.

La regla de reconocimiento no permite identificar a los principios jurídicos principalmente porque los argumentos para sostener la existencia de un principio no están “en un nivel completamente distinto al de los principios que fundamentan”⁷⁸, lo que sí ocurre en el caso de la regla de reconocimiento y las reglas primarias. Esto implica que la distinción entre aceptación y validez no es

⁷⁴ TOLONEN, *op. cit.* en n. 70, p. 71.

⁷⁵ En la doctrina nacional Antonio Bascuñán Rodríguez ha analizado la posibilidad de aplicar las reglas de distribución de competencia constitucionales como un criterio de solución de antinomias, ver BASCUÑÁN R.: "El principio de la distribución de competencia como criterio de solución de conflictos de normas jurídicas".

⁷⁶ Respecto de la forma en que operan los criterios de solución de antinomias y la solución de conflictos entre estos criterios, ver por todos, BOBBIO, *Teoría General del Derecho*, en especial pp. 189-219.

⁷⁷ DWORKIN, *op. cit.* en n. 44, p. 36.

⁷⁸ *ibid.*, p. 41.

aplicable a los principios jurídicos, lo que pone en cuestión la teoría de las reglas sociales. “Así, a pesar de que los principios encuentran fundamento en los actos oficiales de instituciones jurídicas, no tienen una conexión lo suficientemente simple o directa con estos actos para construir esa conexión en los términos de los criterios especificados por una regla superior última de reconocimiento”⁷⁹.

De esta forma, Dworkin creyó haber acabado con la proposición del positivismo jurídico de que “las normas de una comunidad se distinguen de otros estándares sociales por alguna medición en la forma de una regla superior”⁸⁰, mostrando la insuficiencia explicativa de esa teoría.

⁷⁹ *ibid.*

⁸⁰ *ibid.*, p. 44.

CAPÍTULO II

LOS DUROS RESPONDEN A DWORKIN: EL POSITIVISMO JURÍDICO EXCLUYENTE

2.1. El escenario

Planteado el desafío de Dworkin al positivismo jurídico las respuestas no tardaron en aparecer. Las diversas respuestas que surgieron (y siguen surgiendo), casi tantas como entusiastas defensores, han sido encasilladas en dos categorías que pretenden reunir las distintas explicaciones que desarrollan estrategias de defensa similares. Rápidamente se identificaron dos grupos, los “duros” y los “blandos”. Los primeros, que dadas sus pretensiones pueden considerarse “ortodoxos”, se agruparon bajo la denominación “positivismo excluyente”, mientras que las versiones más “suaves”, que en consideración a sus pretensiones pueden denominarse “renovados”, bajo la denominación “positivismo incluyente” o “inclusivo”⁸¹.

⁸¹ Recientemente, la denominación tradicional de este debate ha sido renombrada por Brian Leiter como los debates Hart-Dworkin y Hart-Raz. Leiter defiende la tesis de que Hart habría adoptado la estrategia de defensa blanda en el Postscriptum al Concepto de Derecho. Véase LEITER: "Beyond the Hart/Dworkin debate: The methodology problem in jurisprudence" y LEITER, "Explaining theoretical disagreement". En este trabajo no he tomado en consideración el Postscriptum al Concepto de Derecho de Hart como una manifestación del positivismo jurídico incluyente. Hay razones para creer que ese trabajo no representa fielmente la respuesta que Hart habría dado a Dworkin. Véase DWORKIN: "Hart's postscript and the character of political philosophy"; LACEY, A Life of H. L. A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream; y ATRIA: "La ironía del positivismo jurídico".

La versión ortodoxa del positivismo jurídico deriva de la estrategia de defensa diseñada por Joseph Raz⁸², y cuenta entre sus seguidores con Andrei Marmor⁸³ y Scott Shapiro⁸⁴. El origen de la versión renovada es más difusa y entre sus primeros expositores se considera a Genaro Carrió⁸⁵, David Lyons⁸⁶ y Philip Soper⁸⁷. La lista de positivistas renovados es larga y entre ellos podemos mencionar a Jules Coleman⁸⁸, Wilfred Waluchow⁸⁹ y José Juan Moreso⁹⁰.

El análisis de los postulados de los incluyentes, en particular de Coleman y Moreso, será objeto del próximo capítulo, por ahora me concentraré en la revisión de la versión más acabada de la tesis del positivismo excluyente, la defendida por Raz.

⁸² *vid.* RAZ, *The Authority of Law. Essays in Law and Morality*, especialmente el capítulo 3, y RAZ, *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, hay versión en castellano RAZ, *La Ética en el Ámbito Público*.

⁸³ *vid.* MARMOR, *Positive Law and Objective Values*, especialmente el capítulo 3 y MARMOR, *Exclusive legal positivism*. Marmor desarrolla su defensa del positivismo jurídico excluyente basado en la idea de que el derecho es esencialmente convencional. De esta forma existe derecho hasta ahí donde es posible referirse a las fuentes convencionales del derecho. Los argumentos morales o políticos no pueden invocarse como parte del derecho porque ese tipo de argumentos existen con independencia de cualquier convención. No me referiré en especial a esta tesis porque sufre de los mismos problemas que la tesis de Raz que son analizados más abajo, *vid. infra*. 2.6.

⁸⁴ *vid.* SHAPIRO, *On Hart's way out*.

⁸⁵ *vid.* CARRIÓ, *Principios jurídicos y positivismo jurídico*.

⁸⁶ *vid.* LYONS, *Morals aspects of legal theory*.

⁸⁷ *vid.* SOPER, *Legal theory and the obligation of a judge: the Hart/Dworkin dispute*.

⁸⁸ *vid.* COLEMAN, *Negative and positive positivism (1)* y COLEMAN, *The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory (2)*.

⁸⁹ *vid.* WALUCHOW, *Inclusive Legal Positivism*.

⁹⁰ *vid.* MORESO, *In defense of inclusive legal positivism (1)*, hay traducción en castellano MORESO, *En defensa del positivismo jurídico inclusivo (2)*. También puede verse KRAMER, *In Defense of Legal Positivism. Law Without Trimmings*.

2.2. El positivismo excluyente de Raz

Contra la crítica de Dworkin al positivismo jurídico, Raz se levantó como el principal defensor de la posición “fuerte”, “dura” o “excluyente” del positivismo jurídico cuyo principal postulado respecto de la existencia y el contenido del derecho es la tesis de las fuentes sociales. Según esta tesis el derecho está basado en fuentes si “su existencia y contenido puede ser identificado únicamente con referencia a hechos sociales, sin recurrir a argumento evaluativo alguno”⁹¹.

Raz defiende la tesis de las fuentes, esto es, que no existe más derecho que el que deriva de fuentes sociales, por ser esta la mejor forma de entender la naturaleza de la autoridad que, a su juicio, es la característica central del derecho.

Con miras a este objetivo, Raz se concentra en las características fundamentales de la autoridad práctica legítima. Práctica porque sus órdenes “constituyen razones para la acción de sus destinatarios”⁹², y legítima ya que la efectividad en la imposición de su voluntad sobre cierto número de personas surge de su reconocimiento como autoridad por los propios gobernados. Es característico además de esta clase de autoridad que sus órdenes sean concebidas como órdenes perentorias, dotadas de fuerza coercitiva.

⁹¹ RAZ, *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, p. 195. De aquí en adelante las referencias a este libro serán a la versión original en inglés. La traducción es mía.

⁹² *ibid.*

La fuerza de las órdenes de la autoridad como razones para la acción se encuentra en su legitimidad. Esta supone que los gobernados están de acuerdo en entregar a la autoridad la reflexión de algunas de las razones que confluyen en la decisión final (la norma, la regla en el caso de Raz) que determinará la acción a seguir. En este sentido las órdenes de la autoridad deben “reflejar las razones que se aplican” a sus destinatarios. Para que esta orden sea efectiva, es necesario que reemplace a las razones de las que depende, esta exclusión o desplazamiento de las razones de las que depende la orden de la autoridad le da su carácter “excluyente”⁹³.

En otras palabras, la concepción de la autoridad de Raz está formada por tres tesis: (i) la tesis de la dependencia, (ii) la tesis de la justificación normal, y (iii) la tesis de la exclusión.

La tesis de la dependencia supone que todas las instrucciones dotadas de autoridad deben estar basadas, entre otros factores, en razones que se apliquen a los destinatarios y que sean aplicables a las circunstancias previstas en la orden. Raz denomina a estas razones, razones dependientes⁹⁴.

⁹³ *ibid.*, pp. 196-7. He preferido explicar la distinción de Raz entre razones dependientes y excluyentes de esta forma. Considero confusa la forma en que Raz introduce la distinción en el ejemplo de las partes que recurren a un árbitro, porque no explica de manera satisfactoria la transformación de la consideración de la decisión de la autoridad desde una razón dependiente, en su segundo sentido como razón dependiente para los litigantes, a una razón excluyente. A menos que la distinción no sea tal y esa decisión pueda calificarse de una forma u otra sin tener implicancias en su teoría.

⁹⁴ *ibid.*, p. 198.

Según la tesis de la justificación normal la manera normal y primaria en que se reconoce el deber de actuar según la autoridad de una persona sobre otra, supone la demostración de que el hipotético sujeto de la orden probablemente cumplirá mejor aquellas razones que se le aplican, distintas de las supuestas órdenes autoritativas, si acepta las directivas de la supuesta autoridad como autoritativamente obligatorias, e intenta seguirlas, en lugar de seguir directamente las razones que se aplican en su caso⁹⁵.

La tesis de la exclusión reconoce que la orden de la autoridad es una razón preferente respecto de las razones concurrentes al momento de decidir qué hacer. El peso de esta razón se encuentra en el hecho de que es una acción exigida por la autoridad y su efecto es reemplazar (excluir) otras razones concurrentes⁹⁶.

La interrelación de estas tres tesis le permite a Raz explicar la concepción de la autoridad como “servicio”. El acuerdo de los gobernados de reconocer la existencia de la autoridad se presenta si se cumplen las condiciones que supone la tesis de la justificación normal, mientras que las otras dos tesis explican el hecho de que “las autoridades median entre las personas y las razones correctas que se les aplican [...]. Las personas, por su parte, aceptan las indicaciones de la autoridad cuyos pronunciamientos reemplazan para ellos la fuerza de las razones dependientes [...]. El papel mediador de la autoridad no puede cumplirse si sus gobernados no guían sus

⁹⁵ *ibid.*

⁹⁶ *ibid.*

acciones por sus instrucciones en lugar de las razones de las cuales se supone que dependen”⁹⁷.

Es interesante destacar, porque ya veremos si la propia concepción de la autoridad de Raz es consistente en este punto, que la legitimidad de las autoridades depende de que éstas acaten y sigan las razones dependientes. Según Raz la pretensión de legitimidad de la autoridad estaría justificada en caso que demuestre mayor competencia para seguir las razones dependientes que la que demostrarían los gobernados (los destinatarios de las normas jurídicas)⁹⁸. De esta manera, al tener que reflejar las razones dependientes en las situaciones en que se encuentran en mejor posición para ello, el poder de las autoridades para dictar órdenes se encuentra limitado porque “no están para introducir consideraciones nuevas e independientes”⁹⁹. Las autoridades deben mediar entre las razones últimas y las personas a quienes se aplican.

Para los efectos del análisis que aquí interesa no es necesario detenerse a revisar los fundamentos dados por Raz para afirmar que el derecho tiene una pretensión de autoridad y que, por ello, debe cumplir con las características de toda autoridad para efectivamente dar lugar a un sistema de órdenes autoritativamente obligatorias. Por ahora basta aceptar esos argumentos, lo que aquí interesa es exponer la tesis de Raz para posteriormente formular diversas observaciones respecto de sus consecuencias.

⁹⁷ *ibid.*, pp. 198-9.

⁹⁸ *ibid.*, p. 199.

⁹⁹ *ibid.*

De esta manera, si el derecho pretende establecer razones para la acción, al menos debe tener la capacidad de estar dotado de autoridad, “debe ser, o presentarse como, la opinión de una persona acerca de lo que los gobernados deberían hacer, y debe ser identificable por medios independientes de las consideraciones sobre las cuales deberá decidir la autoridad”¹⁰⁰.

A juicio de Raz la tesis de las fuentes cumple con las tres tesis que requiere su concepción de la autoridad, ya que las tradicionales fuentes del derecho (i.e., la legislación, la jurisprudencia y la costumbre) “tienen la capacidad de ser fuentes de órdenes dotadas de autoridad”¹⁰¹.

2.3. La tesis de las fuentes del derecho

Del análisis efectuado en el apartado anterior, podemos concluir que la tesis de las fuentes del derecho es la que permite a Raz explicar la función de servicio que cumple la autoridad del derecho. Sin embargo, Raz efectúa un análisis más detallado de la tesis de las fuentes sociales y es así como distingue entre una versión restringida y una versión amplia de la misma tesis.

La versión restringida de la tesis de las fuentes se refiere a las condiciones de verdad de los enunciados jurídicos puros, esto es, de aquellos enunciados jurídicos que se limitan a establecer el contenido del derecho. La tesis amplia, en cambio, se ocupa de las condiciones de verdad de todos los enunciados jurídicos, vale decir, incluye los enunciados jurídicos aplicados cuyo

¹⁰⁰ *ibid.*, p. 205.

¹⁰¹ *ibid.*

valor de verdad depende de cuestiones de hecho y de derecho. Estos enunciados jurídicos aplicados son parte de la tesis de las fuentes siempre que, la parte de dichos enunciados que se refiere a hechos lo haga a hechos contingentes y no a hechos morales¹⁰².

De las dos versiones de la tesis de las fuentes es la restringida la que explica de mejor manera la pretensión de autoridad del derecho, ya que permite asegurar el papel mediador del derecho. Así, la identificación de las normas jurídicas válidas que pertenecen a un sistema jurídico determinado dependerá de la posibilidad de atribuir su origen a una de las autoridades relevantes reconocida como fuente creadora del derecho. Según Raz la tesis de las fuentes se encarga de determinar “la naturaleza y los límites del derecho” en forma descriptiva sin guardar relación con lo “que los jueces deberían hacer, o cómo deberían decidir los casos”¹⁰³.

Asumiendo anticipadamente una posible crítica a la que se encuentra sometida la tesis de las fuentes del derecho aplicada a la función judicial, Raz no tiene problemas en admitir que esta tesis puede conducir a la conclusión de que los jueces pueden participar en el proceso de creación del derecho cuando ejercitan sus facultades discrecionales para resolver un caso¹⁰⁴. Para delimitar los problemas que pudiera generar el reconocimiento de amplias facultades discrecionales a los jueces como creadores de derecho, Raz aclara que este

¹⁰² *ibid.*, p. 218.

¹⁰³ *ibid.*, p. 217.

¹⁰⁴ *ibid.*, p. 218.

hecho no implica que “los tribunales [...] deban actuar sobre la base de sus ideas personales acerca de cómo debería funcionar idealmente el mundo, ni que lo hagan [...]”¹⁰⁵. Al ejercer sus facultades discrecionales, los jueces deben sujetar sus razones morales y económicas a las circunstancias de la sociedad tal como es, vale decir, según las circunstancias reales y no ideales.

Sin embargo, el propio Raz parece dudar lo que esta conclusión implica, porque confiar el criterio de delimitación de la discreción judicial a la comprensión que cada juez tenga de las circunstancias fácticas y jurídicas de la sociedad a la que sus sentencias se referirán no es, en definitiva, limitación alguna. Por ello ofrece un nuevo argumento que pretende limitar la discreción judicial. Esta vez el límite no se encuentra en la autocomprensión de los jueces de su función sino en el derecho, en su lógica interna. Los jueces como creadores de derecho no pueden reflejar en sus decisiones cuestiones de política social, i.e. políticas, económicas, etc, sino que deben atender a las implicaciones internas del sistema jurídico “[Indagar] en el espíritu del derecho, [desplegar] su fuerza oculta y [revelar] su significado”¹⁰⁶.

2.4. La lógica interna del derecho

La lógica interna del derecho limita la función creadora de derecho que pueden desempeñar los jueces en aquellos casos en que ejercen su discreción. Con la idea de la ‘lógica interna del derecho’ Raz quiere significar, que la propia

¹⁰⁵ *ibid.*, p. 219.

¹⁰⁶ *ibid.*, p. 223.

estructura del sistema jurídico y el número de actividades a las que se encuentran abocados los jueces, fijan el marco en que éstos pueden actuar. La actividad reformadora de los jueces es parcial y limitada, por las propias consideraciones del caso particular que les toca conocer y por el número de oportunidades en que deben resolver.

“Debido a que los tribunales carecen de control sobre las oportunidades que tienen para modificar el derecho, la existencia del resto del derecho, que está en el caso en cuestión fuera de su alcance, constituye una limitación importante en su actividad de reforma. La existencia del derecho es una razón a favor o en contra de la aceptabilidad de ciertas reformas posibles”¹⁰⁷.

Al mismo tiempo que limita la capacidad creadora de derecho de los jueces, la lógica interna del derecho permite que el derecho sea dinámico puesto que reconoce la existencia de mecanismos propios de creación mediante la función desarrollada por los jueces. A través de la actividad jurisdiccional ejercida como poderes dirigidos “[e]l derecho brinda razones para la inclusión de nuevas normas jurídicas, aunque éstas no sean parte del derecho hasta que hayan sido promulgadas por la autoridad que tiene esa potestad”¹⁰⁸. La actividad de los jueces es creadora de derecho porque a partir del momento de la decisión judicial el contenido autoritativo de la decisión del tribunal pasa a formar parte del sistema jurídico al ser reconocido en una de sus fuentes. Antes de ese reconocimiento institucional, las razones a las que recurre el tribunal no son derecho.

¹⁰⁷ *ibid.*, p. 225.

¹⁰⁸ *ibid.*, p. 226.

Por otra parte, Raz destaca que su teoría parte reconociendo límites a los alcances de la actividad creadora de los tribunales puesto que la modificación del derecho a través de las sentencias judiciales es sólo una posibilidad. Nada en su explicación del derecho implica necesariamente que las sentencias de los tribunales modifiquen el derecho. En otras palabras, no es suficiente que las decisiones judiciales sean consideradas fuentes del derecho para modificarlo, “sino también [es necesario] de que no se limiten a repetir el derecho existente”¹⁰⁹.

En estos casos en que los jueces ejercen su discreción y crean derecho, la importancia de la tesis de las fuentes está en mostrar claramente “la distinción entre las consideraciones morales (válidas o inválidas) que han recibido un apoyo público dotado de autoridad, y aquéllas que no”¹¹⁰. De esta forma, además de ser necesaria para comprender la función mediadora de la autoridad, la tesis de las fuentes permite entender, sin negar, la función creadora de derecho de los jueces y aclarar los límites del derecho, que es aquello que nos permite identificar hasta donde llega el derecho y comienza la moral. La importancia de esta cuestión radica en que la inclusión de la moral en el derecho, a través de las fuentes jurídicas, no impide que éste pueda desplegar su autoridad como servicio.

¹⁰⁹ *ibid.*, p. 230.

¹¹⁰ *ibid.*, p. 233.

Finalmente, Raz afirma que el grado de discrecionalidad otorgado a los jueces y la posibilidad de que éstos recurran en mayor o menor medida a la moral para crear derecho es una cuestión contingente que depende de las especiales características de cada sistema jurídico y, en especial, de las características de sus poderes delegados dirigidos:

“[E]s un hecho necesario que los tribunales tienen poderes para crear derecho, también es un hecho universal que al ejercitarlos basan sus acciones en tendencias morales y políticas, y que la ley los orienta hacia ello”¹¹¹.

2.5. Los principios jurídicos y la tesis de las fuentes

Recordemos que la crítica de Dworkin consistía en destacar que uno de los problemas del positivismo jurídico consiste en su incapacidad para explicar o dar cuenta de manera satisfactoria de que en los sistemas jurídicos modernos existen distintos estándares normativos, i.e. no sólo reglas sino además principios y directrices políticas, que no pueden ser identificados por un test de pedigree (en el caso del positivismo hartiano, por la regla de reconocimiento). La respuesta de Raz, como hasta ahora he revisado, consiste en demostrar que para los positivistas el derecho se caracteriza por su pretensión de autoridad, que se asegura con la tesis de las fuentes, y no por defender una comprensión del derecho como un sistema de reglas. Ahora entonces, corresponde explicitar el argumento que permite a Raz hacer compatible la existencia de estos principios con la tesis de las fuentes.

¹¹¹ *ibid.*, p. 237, destacado agregado.

Para Raz los principios jurídicos son razones que de hecho han servido para justificar decisiones judiciales, no en casos individualmente considerados, sino en una serie de casos. A diferencia de las reglas, los principios no adquieren carácter normativo en una sola decisión judicial, especialmente en aquellos sistemas que reconocen fuerza vinculante a los precedentes. Mas bien, los principios se asemejan a la costumbre porque: (i) son obligatorios si tienen considerable apoyo en una serie de decisiones, y (ii) no requieren ser formulados en términos precisos en los fallos en los que se aplicaron como razones justificatorias¹¹².

El paso siguiente en el argumento de Raz parece evidente a la luz de su concepción del derecho. Si los principios son razones que sirven de base para las decisiones judiciales, para poder adquirir el carácter de normas requieren ser reconocidos jurídicamente. Este reconocimiento jurídico depende de la tesis de las fuentes. En consecuencia, el carácter jurídico de los principios se hará patente mientras éstos sean establecidos o derogados por el legislador, o por una autoridad administrativa, o mientras sean establecidos a través del reconocimiento judicial¹¹³. Raz intenta demostrar a través de este argumento que la versión positivista del derecho no tiene problemas en considerar que los principios jurídicos, y su contenido moral sustantivo, son parte del derecho,

¹¹² RAZ, *Legal principles and the limits of the law*, p. 77. Véase también sobre esta cuestión, RAZ: "Legal principles and the limits of law" 81, 823-854.

¹¹³ RAZ, *op. cit.* en n. 112, p. 77.

siempre que sean reconocidos a través de un hecho social de aquellos que caracterizan las fuentes del derecho.

El punto es que la existencia de los principios jurídicos como estándares normativos en la crítica dworkiniana, se caracteriza precisamente por lo contrario. Vale decir, por tratarse de estándares que son parte del derecho pero que no son reconocidos, no necesitan ser reconocidos, por las fuentes del derecho y que, sin embargo, tiene fuerza normativa para el juez que debe resolver un caso particular incluso por sobre una regla. Según Raz, Dworkin está equivocado en este caso. A su juicio, los principios jurídicos a los que los jueces recurren -muchas veces, según él, en forma retórica- si no han sido reconocidos a través de alguna fuente del derecho, operan en realidad como criterios de dirección que guían la discreción judicial ajustándose a las creencias compartidas de una comunidad. En estos casos los principios dan forma a lo que Raz llama la lógica interna del derecho¹¹⁴.

De esta forma, los principios jurídicos restringirían la discreción judicial limitando la libertad de los jueces de actuar según lo que sólo ellos estiman correcto, poniéndoles la carga de demostrar que otros también reconocen el carácter normativo de los principios que han utilizado en la decisión del caso concreto. Según Raz, al contrario de lo sostenido por Dworkin, estos principios

¹¹⁴ *vid, supra.* 2.4.

no obligan a hacer cumplir una norma social determinada ni convierten la moral social en derecho o ponen en riesgo la tesis de los límites del derecho¹¹⁵.

En definitiva, Raz cree posible que la tesis de las fuentes sociales -que caracteriza al positivismo jurídico- de cuenta de la existencia de los principios jurídicos. Para ello, se requiere que sean reconocidos a través de una decisión autoritativa de alguna de las fuentes sociales del derecho, “precisamente en la misma forma en que lo son las reglas. Pueden, por ejemplo, ser establecidos en la constitución o en un *statute*”¹¹⁶. Cuando la decisión autoritativa que reconoce el carácter jurídico de un principio es una decisión judicial, a diferencia de las reglas, su fundamento de validez radica en que se transforman en “costumbre judicial. Son parte del derecho porque son aceptados por las cortes, no porque sean válidos [directamente] de acuerdo a la regla de reconocimiento”¹¹⁷.

2.6. Los problemas del positivismo jurídico excluyente

Una de las críticas más duras al positivismo jurídico excluyente proviene de los efectos que la tesis de las fuentes provoca en la teoría del derecho al dejar entregada parte (importante) de la creación de las normas jurídicas a los jueces. En particular, los efectos que produce respecto de la validez de las normas jurídicas que forman parte de un ordenamiento jurídico en un momento determinado. Tal como Fernando Atria lo ha señalado, la versión más fuerte de

¹¹⁵ RAZ, *op. cit.* en n. 112, p. 78.

¹¹⁶ *ibid.*, pp. 79-80.

¹¹⁷ *ibid.*, p. 80.

la tesis de las fuentes del derecho al excluir cualquier clase de consideración moral, por el sólo hecho de ser moral y sin importar su grado de controversialidad, llevaría a la absurda conclusión de que todo lo que hoy consideramos como derecho no sería derecho, “el derecho legislado no sería derecho, puesto que su validez está sujeta a la condición de que el contenido de las leyes no viole ciertas normas constitucionales de redacción amplia y moralmente cargada”¹¹⁸.

Lo mismo ocurre con todas las obligaciones creadas por los particulares mediante contratos en aquellos ordenamientos que, como lo son la mayoría de los ordenamientos jurídicos occidentales, contienen reglas de validez de estos actos que se remiten a la moral. Atria ejemplifica esta situación, en el caso de la legislación chilena, con la aplicación del artículo 1461 del Código Civil¹¹⁹.

José Juan Moreso ha abordado el mismo punto. A juicio de Moreso, Raz desconoce que el derecho “no pretende que las normas jurídicas sean consideradas siempre como opacas a las razones subyacentes que las justifican”¹²⁰. Moreso intenta destacar el hecho que siempre es posible identificar en un ordenamiento jurídico alguna norma que no excluya todas las razones dependientes que pretende cubrir. Los jueces en esos casos, para

¹¹⁸ ATRIA, *op. cit.* en n. 81, p. 85.

¹¹⁹ *ibid.*, p. 86. El inciso final del artículo 1461 del Código Civil chileno establece: “Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público”.

¹²⁰ MORESO, *op. cit.* en n. 90 (2), p. 105.

poder identificar el derecho, deben recurrir a algunas de estas razones. De esta forma, las normas jurídicas establecidas por los órganos legislativos no necesariamente son el tipo de razones excluyentes que Raz pretende ver al hacerles aplicable su comprensión de las razones excluyentes que supone la tesis de la autoridad¹²¹. Para demostrar este punto, a Moreso le basta con constatar la referencia a conceptos morales en los modernos textos constitucionales, agregando además, tal como hemos visto que lo hace Atria, que “en el derecho de la modernidad la presencia de elementos morales en la legislación que remiten a las razones subyacentes es muy clara”¹²².

En definitiva, estas objeciones están orientadas a mostrar que el positivismo excluyente no puede ser una respuesta satisfactoria a la pregunta que pretende resolver la teoría del derecho, i.e. qué es el derecho, si no es capaz de dar cuenta de la comprensión que tenemos de los sistemas jurídicos modernos.

Frente a estas críticas, la salida del positivismo excluyente consiste en sostener que la tesis de las fuentes supone la validez *prima facie* de las normas jurídicas. Esta respuesta alternativa es descartada por Atria. Según Atria la aplicación de esta tesis, por ejemplo, a las normas que regulan los contratos,

¹²¹ Moreso critica el ejemplo de Raz, sobre la decisión de un árbitro que resuelve una disputa que las partes le presentan. Este es el ejemplo con que Raz comienza la explicación de la tesis de la autoridad en RAZ, *op. cit.* en n. 91. Para ver otras críticas metodológicas que se hacen a Raz por este ejemplo, *vid.* la bibliografía citada por Moreso en, MORESO, *op. cit.* en n. 90 (2), p. 106 n. 50.

¹²² MORESO, *op. cit.* en n. 90 (2), p. 106

implica sostener que los tribunales no tienen la “obligación jurídica de reconocerlo[s] como jurídicamente válido[s]”¹²³.

Suponer la validez *prima facie* de las normas jurídicas, i.e. de cualquier ley en general, acarrea consecuencias graves para el positivismo jurídico más aún cuando se analizan los efectos del control constitucional. En aquellos países que tienen un control constitucional difuso, la declaración de un tribunal afirmando que la validez de una norma jurídica no tiene carácter definitivo no produce cosa juzgada sino para el caso particular en que se pronuncia. En aquellos países que contienen un control constitucional concentrado se produce el mismo efecto, esta vez a nivel del órgano controlador de constitucionalidad, al no quedar limitado en la determinación de constitucionalidad de un caso según sus decisiones pasadas¹²⁴. Atria concluye que de esta forma se produciría la perpetuidad de la validez *prima facie* de la ley, ya que “nunca será el caso que la validez de una ley satisfaga de manera concluyente la tesis de las fuentes”¹²⁵. La consecuencia que se hace evidente con el argumento de Atria y que los positivistas excluyentes se verían obligados a aceptar, es que “los jueces siempre tendrán discreción”¹²⁶. Quizás para mostrar aún más las consecuencias nefastas que esta alternativa supone para el positivismo excluyente es bueno recordar que para Raz una de las principales

¹²³ ATRIA, *op. cit.* en n. 81, p. 87.

¹²⁴ *ibid.*, pp. 87-8.

¹²⁵ *ibid.*, p. 88.

¹²⁶ *ibid.*

características, sino la principal, del derecho es su pretensión de autoridad. Según Raz el derecho tiene una pretensión de autoridad que busca cumplir estableciendo razones para la acción¹²⁷. Con esta línea de defensa el positivista excluyente echa a la basura la concepción de la autoridad como servicio. Las autoridades ya no mediarían entre las personas y las razones correctas que se les aplican sino sólo entre las personas y las ideas del adjudicador.

Por otra parte, Atria critica la tesis de las potestades jurídicas limitadas y dirigidas con la que Raz pretende explicar la forma en que los principios jurídicos tienen cabida en una concepción positivista del derecho. El problema se encuentra en que la(s) norma(s) que concede(n) a los jueces la(s) potestad(es) creadora(s) de derecho no cumple(n) con los presupuestos de la tesis de las fuentes. Según Atria, el contenido de estas normas no puede ser determinado sin que aquel que debe aplicarlas haga referencia a consideraciones morales, lo que vuelve a estas normas jurídicas incompatibles con la tesis de las fuentes¹²⁸. De esta forma, si la norma que contiene las potestades jurídicas dirigidas y limitadas “no es una norma (= no satisface la tesis de las fuentes), entonces las potestades que ella confiere no pueden ser potestades jurídicas, y las limitaciones que ella impone a esas potestades no pueden ser limitaciones jurídicas”¹²⁹.

¹²⁷ Véase *supra*. 2.2.

¹²⁸ ATRIA, *op. cit.* en n. 81, p. 89-90.

¹²⁹ *ibid.*, p. 90.

En conclusión, si para defender la tesis de las fuentes los duros tienen que: (i) renunciar a la pretensión de que el derecho debe estar dotado de autoridad, o (ii) sostener que en los casos en que los jueces deben razonar de acuerdo a derecho¹³⁰ tienen discreción para apartarse de las normas jurídicas identificadas según la tesis de las fuentes, terminan en lo que Hart denominaba discreción del tanteador¹³¹. Irónicamente, como Atria lo ha mostrado¹³², los positivistas excluyentes vuelven a entender el derecho como órdenes del soberano respaldadas por amenazas, vale decir, a la concepción simple del positivismo que Hart combatió¹³³. De forma que “[l]a conclusión es siempre la misma: en los sistemas jurídicos contemporáneos, los jueces no están jurídicamente vinculados al derecho legislado”¹³⁴. Y no sólo eso, sino que han abandonado los presupuestos políticos que dieron origen al positivismo jurídico como la expresión de las normas jurídicas que la comunidad política se reconoce a sí misma. De esta forma, si los jueces no están jurídicamente vinculados por la ley volvemos al estado de cosas que Bentham originalmente intentó evitar: después de tanto esfuerzo nuevamente estamos enfrentados a Judge & Co. y sus siniestros intereses.

¹³⁰ Siguiendo la distinción de Raz de razonamiento de acuerdo al derecho y razonamiento orientado a establecer el contenido del derecho o lo que hemos visto que es la tesis de las fuentes en su versión amplia y restringida, respectivamente.

¹³¹ *vid. HART, op. cit.* en n. 1, p. 177.

¹³² ATRIA, *op. cit.* en n. 81, p. 92.

¹³³ Véase *supra.*, capítulo 1, apartado 1.1.

¹³⁴ ATRIA, *op. cit.* en n. 81, p. 93.

En resumen, “las conclusiones del argumento son inaceptables”¹³⁵ ya que un defensor del positivismo jurídico excluyente enfrentado a un ordenamiento jurídico como los que hoy conocemos, i.e. cargado de remisiones a conceptos morales, sería incapaz de comprenderlo, de entender que en este tipo de sistemas nacen los problemas “que nos ocupan cuando nos desplazamos de cuestiones conceptuales hacia nuestras preocupaciones normales como abogados, profesores de derecho positivo o científicos del derecho”¹³⁶.

Después de constatar que “por una parte, puede haber derecho que carezca de autoridad [...] y [que] puede haber derecho la identificación del cual requiera de un recurso parcial a las razones subyacentes, [lo que] es contrario a la tesis de las fuentes sociales tal y como es comprendida por Raz”¹³⁷, un grupo de positivistas ofrece una salida a los duros, una salida que parece explicar mejor la naturaleza del derecho tal como existe hoy, la del positivismo jurídico incluyente. En el capítulo siguiente entonces, analizaré la explicación incluyente del positivismo jurídico.

¹³⁵ *ibid.*, p. 85.

¹³⁶ *ibid.*

¹³⁷ MORESO, *op. cit.* en n. 90 (2), p. 107.

CAPÍTULO III

EL POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE: LA RESPUESTA DE LOS RENOVADOS.

3.1. Consideraciones generales

La segunda línea de defensa que adoptaron los positivistas buscó renovar los presupuestos que identificaban al positivismo hartiano procurando incluir la moral sin transformar o abandonar la estructura de esa concepción del derecho. Contrario a la actitud adoptada por los excluyentes, los incluyentes decidieron mostrar que su reinterpretación de la concepción del derecho de Hart puede proveer de una mejor explicación de la forma en que la moral aparece constantemente en las prácticas que actualmente denominamos derecho sin abandonar parte de las pretensiones conceptuales del positivismo jurídico.

El origen de la versión renovada del positivismo es más difuso que el del ortodoxo. En parte por ello se explica la larga lista de positivistas renovados. Así, entre sus defensores se encuentran David Lyons¹³⁸, Philip Soper¹³⁹, Jules Coleman¹⁴⁰, Wilfred Waluchow¹⁴¹ y José Juan Moreso¹⁴².

El nexo común de las teorías que representan al positivismo incluyente radica en considerar que el criterio de validez de un sistema jurídico es

¹³⁸ *vid.* LYONS, *op. cit.* en n. 86.

¹³⁹ *vid.* SOPER, *op. cit.* en n. 87.

¹⁴⁰ *vid.* COLEMAN, *op. cit.* en n. 88 (1) y COLEMAN, *op. cit.* en n. 88 (2).

¹⁴¹ *vid.* WALUCHOW, *op. cit.* en n. 89.

¹⁴² *vid.* MORESO, *op. cit.* en n. 90 (1), hay traducción en castellano MORESO, *op. cit.* en n. 90 (2). También puede verse KRAMER, *op. cit.* en n. 90.

convencional y que los principios jurídicos pueden ser reconocidos como parte del derecho, aún cuando sean reconocidos por su contenido, sosteniendo al mismo tiempo que no existe una conexión necesaria, sino sólo contingente, entre derecho y moral. En otras palabras, un sistema jurídico cualquiera puede “incorporar convencionalmente estándares morales a su regla de reconocimiento”, y los positivistas suaves sólo “necesitan sostener [...] que tal inclusión es contingente”¹⁴³. En el mismo sentido, el positivismo incluyente entiende que “aquello que el derecho es no necesita depender de su adecuación a la moralidad”¹⁴⁴.

En lo que sigue de este capítulo me concentraré en analizar dos versiones del positivismo jurídico incluyente en particular. En primer lugar, revisaré los presupuestos de la concepción incluyente de José Juan Moreso. Me parece adecuado revisar esta versión de la tesis incluyente por ser, quizás, la más sofisticada de las defensas incluyentes desarrollada por un profesor latino. La segunda versión del positivismo incluyente que revisaré es la de Jules Coleman. La razón por la que considero que esta versión del positivismo jurídico incluyente merece un tratamiento particular radica en la pretensión de

¹⁴³ ATRIA, *op. cit.* en n. 81, p. 93.

¹⁴⁴ MORESO y VILAJOSANA, Introducción a la Teoría del Derecho, p. 199. En palabras de Moreso y Vilajosana, para el positivismo jurídico incluyente “la validez de las normas puede depender de su validez moral de un modo contingente: si existen preceptos jurídicos que incorporan conceptos morales o que requieren de la argumentación moral para ser aplicados, entonces la validez jurídica de algunas normas depende de su adecuación a la moralidad; si no existen dichos preceptos jurídicos entonces la validez jurídica no depende de la moralidad”. *ibid.*

Coleman de mostrar su concepción del positivismo como aquella que representa la mejor versión posible de esta línea.

3.2. El positivismo incluyente de José Juan Moreso

Veíamos que una de las críticas formuladas al positivismo jurídico excluyente es su carencia para explicar las características de los sistemas jurídicos modernos que contienen constantes remisiones a la moral. En este escenario Moreso ofrece una concepción del positivismo que, a su juicio, permite dar cuenta de lo que considera un rasgo central de los ordenamientos jurídicos de las actuales democracias constitucionales, lo que se ha denominado “constitucionalismo”, vale decir, “que las constituciones de dichos ordenamientos jurídicos incluyen constantes remisiones a estándares de moralidad”¹⁴⁵.

A juicio de Moreso, el positivismo incluyente es la única explicación posible para otras dos características centrales de los ordenamientos jurídicos contemporáneos: (i) la tesis de las fuentes sociales, y (ii) la tesis del incorporacionismo. Según la primera, “la existencia del derecho depende de una determinada práctica social [...] y, [de acuerdo a la segunda,] el razonamiento moral forma parte de los procesos de identificación y aplicación de los sistemas jurídicos”¹⁴⁶.

¹⁴⁵ MORESO, *op. cit.* en n. 90 (2), pp. 93-4. *vid.* también MORESO y VILAJOSANA, *op. cit.* en n. 144, p. 199.

¹⁴⁶ MORESO, A brilliant disguise: entre fuentes y lagunas, pp. 186-7.

Que el derecho sea dependiente de una práctica social implica que su existencia no es independiente de la práctica que lo constituye. El derecho es un hecho institucional en el sentido de Searle¹⁴⁷, cuya existencia no es previa a su reconocimiento social. Por esta razón Moreso considera evidente la “tesis más débil de las fuentes sociales del derecho: la existencia y el contenido del derecho en una sociedad dependen de un conjunto de hechos sociales complejos”¹⁴⁸.

Por otra parte, reconociendo la tesis del incorporacionismo como una característica de los sistemas jurídicos modernos, el positivismo incluyente de Moreso acepta también la tesis de la separación entre derecho y moral como una cuestión conceptual. En este sentido, la aceptación de esta última tesis se basa en la posibilidad de imaginar un ordenamiento jurídico que esté construido como un sistema autónomo (independiente de consideraciones morales). La sola posibilidad de imaginar la existencia de un sistema jurídico tal, es suficiente para aceptar la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral como una cuestión conceptual definitoria del positivismo jurídico¹⁴⁹.

Según Moreso, el positivismo jurídico incluyente reinterpreta las tesis hartianas, sin abandonarlas, de la siguiente forma¹⁵⁰:

(i) La tesis de las fuentes sociales del derecho, según la cual la existencia y contenido del derecho de una determinada sociedad dependen de

¹⁴⁷ Véase SEARLE, *La Construcción de la Realidad Social*.

¹⁴⁸ MORESO, *op. cit.* en n. 146, p. 187.

¹⁴⁹ *ibid.*, p. 191.

¹⁵⁰ MORESO, *op. cit.* en n. 90 (2), p. 95.

un conjunto de hechos sociales, debe ajustarse y comprender la posibilidad de que contingentemente se pueda apelar a determinados estándares morales que pasan a ser jurídicamente válidos;

(ii) Todavía es posible sostener la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral, porque no es condición necesaria de validez de las normas su adecuación a la moralidad. En otras palabras, no todas las normas que se adecuan a la moral son necesariamente normas jurídicas; y,

(iii) La tesis de la discreción judicial o de los límites del derecho, conforme a (i) y (ii), supone que en aquellos casos en que el derecho apela a la moral determina la calificación normativa de las acciones sin conceder discreción a los jueces.

Tanto la primera como la segunda tesis, que pueden ser reconducidas al positivismo hartiano, cargan de “positivismo” a la versión incluyente. Según Moreso siempre es posible imaginar, concebir o reconocer la posibilidad conceptual de la existencia de una práctica jurídica en la que no exista remisión a la moral, al momento en que los jueces deben aplicar el derecho¹⁵¹. En esta posibilidad conceptual descansan todas las esperanzas del positivismo incluyente de ser reconocida como una tesis positivista.

Moreso cree que la tercera reinterpretación de las tesis hartianas -la posibilidad de apelar a conceptos morales sin conceder que los jueces estén realizando un acto de discreción-, es la que requiere mayor justificación y se

¹⁵¹ ATRIA, *op. cit.* en n. 81, p. 96.

concentra en eso¹⁵². El problema asociado a esta tercera reinterpretación surge al analizar la capacidad de las pautas morales para guiar el comportamiento de los jueces o, más bien, determinar si estas pautas entregan el derecho a la discreción de los jueces. Moreso descarta que esta cuestión pueda ser resuelta recurriendo a la distinción entre validez como pertenencia y validez como aplicabilidad. Esta distinción supone que una norma puede ser válida si y sólo si es identificada como miembro de un sistema en aplicación de los criterios establecidos en la regla de reconocimiento, i.e. validez como pertenencia, o sólo si existe una norma válida en un sistema que autorice u obligue a los órganos de aplicación de un sistema a aplicarla al caso concreto, i.e. validez como aplicabilidad¹⁵³. Por eso, para desarrollar su justificación, entiende la expresión “validez jurídica” en un sentido amplio como “pertenencia a un sistema o como aplicabilidad de acuerdo con el sistema”¹⁵⁴.

El problema al que se enfrenta la tercera de las tesis es el denominado “argumento de la controversia”. Según este argumento, el positivismo jurídico incluyente implica un retroceso a la teoría del derecho de Hart puesto que volvería a la incerteza que la regla de reconocimiento buscó resolver. El recurso

¹⁵² Esta línea de defensa es desarrollada por Moreso en MORESO, *op. cit.* en n. 90 (2) y su importancia para el positivismo incluyente es recalcada en MORESO y VILAJOSANA, *op. cit.* en n. 144, pp. 199-200.

¹⁵³ MORESO, *op. cit.* en n. 90 (2), p. 96. A juicio de Moreso este debate puede transformar la discusión entre la primera y la segunda tesis en una cuestión meramente conceptual (i.e. en lo adecuado que resulte reconstruir el concepto de validez jurídica de una u otra manera), manteniéndose, en todo caso, la polémica respecto de la tercera tesis.

¹⁵⁴ *ibid.*, p. 97.

a pautas morales, que serían inherentemente controvertidas, haría imposible que la regla de reconocimiento cumpla con su función de identificar las normas que forman parte de un determinado sistema jurídico. Ante esta objeción Moreso adopta una estrategia de defensa independiente de cualquier consideración de filosofía moral, i.e. descarta un objetivismo moral (a pesar de que Moreso lo cree plausible y compatible con muchas doctrinas metaéticas y doctrinas éticas sustantivas)¹⁵⁵.

Para responder al argumento de la controversia, Moreso desarrolla una línea de defensa en la que asume que las remisiones a conceptos morales contenidos en las constituciones modernas son remisiones a conceptos morales densos. Serían de esta clase de conceptos morales aquellos como “honesto”, “cobarde” y “trato degradante”. A juicio de Moreso, “parece difícil negar que pueda haber conocimiento respecto de los conceptos morales densos.

¹⁵⁵ *ibid.*, p. 98. Tal como Moreso lo señala esta es también la posición de Kramer (véase, KRAMER, *op. cit.* en n. 90) y de Himma (véase, HIMMA, Inclusive legal positivism). Moreso sostiene que el rechazo del objetivismo moral no implica asumir el no-cognocitivismo. De esta forma, según Moreso, habría espacio para un antirrealismo cognocitivista, asumiendo que los juicios morales pueden ser reducidos a prescripciones dando lugar a un amplio espacio de objetividad en el discurso moral si se la entiende como acuerdo racional. Siguiendo a Quine, Moreso adopta una posición epistemológica coherentista para sostener que no hay valores y principios últimos en un sistema sino que todos están, por lo tanto, sujetos a revisión a la luz de nuevos y mejores argumentos. De esta manera, evita la crítica de que el objetivismo moral “restringido” está limitado a un sistema moral particular donde la determinación de sus axiomas no es una cuestión racional. MORESO, *op. cit.* en n. 90 (2), p. 99.

Poseemos dichos conceptos y sabemos a menudo a lo que nos referimos cuando los usamos”¹⁵⁶.

Para notar que los conceptos morales densos pueden ser objetivos, Moreso recurre a la distinción, dentro del prescriptivismo hareano, de las dimensiones descriptivas y prescriptivas que poseen esta clase de conceptos. Según esta distinción, si los juicios morales densos tienen una dimensión descriptiva, es posible dotarlos de valores de verdad que los hacen objetivos. La dimensión prescriptiva de estos juicios estaría aparejada en su dimensión descriptiva. De esta forma, los conceptos densos son guiados por el mundo y tienen capacidad para guiar la acción.

En aquellos casos en que es necesario interpretar estos conceptos morales densos, según Moreso, por tratarse de conceptos morales compartidos, su interpretación dependerá de la forma en que sean comprendidos en la red conceptual de la que forman parte. Así, los límites de un concepto moral dependerán de los límites de la red conceptual en la que se encuentren. La interpretación se caracterizaría en estos casos por requerir de una reflexión moral “una especie de equilibrio reflexivo con nuestras intuiciones”¹⁵⁷.

De esta forma, Moreso concluye que “la aplicación de las disposiciones constitucionales que contienen predicados morales no es siempre

¹⁵⁶ MORESO, *op. cit.* en n. 90 (2), pp. 99-100.

¹⁵⁷ *ibid.*, p. 100. destacado original. Sobre la idea de equilibrio reflexivo, véase RAWLS, *A Theory of Justice*.

discrecional”¹⁵⁸ y para ello cita como ejemplo lo claro que resulta en ciertos casos aplicar el concepto de trato degradante. Sin embargo, reconoce que puede haber conceptos morales controvertidos que den lugar a discreción judicial¹⁵⁹.

¿Cuál es entonces la forma de limitar la discreción judicial en aquellos casos en que los conceptos morales densos pueden ser controvertidos? Esta controversia puede presentarse en la aplicación de una de las diversas concepciones que admite el concepto moral denso aplicable en un caso individual. En estos casos, Moreso reconoce que la discreción judicial es inerradicable pero ofrece un límite partiendo desde una perspectiva incluyente:

“[D]ado que dichos conceptos tienen un indiscutible componente descriptivo y que permiten identificar paradigmas, entonces en los casos paradigmáticos, y en los suficientemente cercanos a ellos, los jueces aplican pautas preexistentes y no cambian el derecho; en los casos en que diversas concepciones compiten y resuelven el caso de forma incompatible, los jueces tienen discreción”¹⁶⁰.

3.3. El positivismo incluyente de Jules Coleman

El primer intento de Coleman por responder las críticas de Dworkin al positivismo jurídico en “El modelo de las reglas” fue el que realizó en “*Negative*

¹⁵⁸ MORESO, *op. cit.* en n. 90 (2), p. 100.

¹⁵⁹ Los conceptos morales densos son, según Moreso, esencialmente controvertidos. Y un “concepto es esencialmente controvertido si y sólo si: 1) es valorativo, en el sentido que atribuye a los casos de aplicación del concepto la posesión de algo valioso o disvalioso, 2) la estructura del concepto es internamente compleja de manera que permite criterios distintos que reconstruyan su significado y que compitan con ellos y 3) reales o hipotéticos, hay algunos casos que son paradigmas de la aplicación del concepto”. *ibid.*, p. 101.

¹⁶⁰ *ibid.*

*and positive positivism*¹⁶¹. La versión más detallada de lo que en principio denominó incorporacionismo está contenida en su *The Practice of Principle*¹⁶² ahora bajo la denominación de positivismo jurídico incluyente¹⁶³.

La versión del positivismo jurídico incluyente de Coleman busca mostrar una comprensión particular del carácter convencional y de la autoridad del derecho, que la diferencien de otras versiones del positivismo incluyente¹⁶⁴.

3.3.1. La normatividad del derecho y su carácter convencional o el carácter positivista de la tesis de Coleman.

La tesis del convencionalismo que caracteriza a las distintas versiones del positivismo jurídico, pretende explicar las condiciones bajo las cuales es posible entender la autoridad del derecho. Según la tesis del convencionalismo la posibilidad de reconocer que existe derecho en una determinada comunidad es

¹⁶¹ COLEMAN, *op. cit.* en n. 88 (1). De aquí en adelante, las traducciones de las referencias a los trabajos de Coleman son mías.

¹⁶² COLEMAN, *op. cit.* en n. 88 (2). Otro artículo en que Coleman desarrolla su versión del positivismo incluyente es COLEMAN, *Incorporationism, conventionality, and the practical difference thesis*, sin embargo, él mismo señala que los argumentos contenidos en ese artículo quedan cubiertos por el libro citado en primer lugar. Por esta razón, en adelante, se toman principalmente los argumentos de Coleman contenidos en COLEMAN, *op. cit.* en n. 88 (2).

¹⁶³ Coleman utiliza el término positivismo jurídico incluyente para seguir la convención más común. A su juicio, sin embargo, el término incorporacionismo permite explicar en forma más perspicua esta versión del positivismo jurídico que sostiene que la moral puede ser incorporada al derecho. COLEMAN, *op. cit.* en n. 88 (2), p. 67, n. 3, y p. 105, n. 9. Para un intento de distinguir entre incorporacionismo (fuerte y modesto) y positivismo incluyente, *vid.* KRAMER: "How moral principles can enter into the law". Coleman critica este intento de Kramer en, COLEMAN: "Constraints on the criteria of legality".

¹⁶⁴ COLEMAN, *op. cit.* en n. 88 (2), p. 69.

una cuestión que puede ser explicada en términos de hechos sociales. En este sentido Coleman, siguiendo a Hart, reconoce que la autoridad del derecho depende de una práctica social convencional de los funcionarios encargados de aplicar el derecho. En otras palabras, estos funcionarios deben adherir a la regla de reconocimiento que les impone el deber de aplicar todas y sólo las reglas válidamente reconocidas por ella¹⁶⁵. De esta forma, Coleman puede explicar la obligatoriedad del derecho recurriendo a un concepto social sin reducir esta explicación a una mera cuestión fáctica, sin renunciar a los avances logrados por Hart en la explicación del derecho en términos de reglas (y no sólo de hábitos de obediencia a la Austin).

Coleman desarrolla su propia versión de la tesis convencionalista del derecho. De esta forma pretende despejar algunos cuestionamientos de los que ha sido objeto esta tesis: (1) la relación entre la regla de reconocimiento y la práctica de los funcionarios competentes; (2) contrario a la explicación de los positivistas, la regla de reconocimiento pretende ser, y puede ser, una regla que impone obligaciones, y; (3) contesta la crítica según la que explicar las condiciones de existencia de la autoridad del derecho en términos de una regla de reconocimiento que depende de la conducta de las autoridades competentes, es explicar, finalmente, el derecho en términos del derecho¹⁶⁶.

¹⁶⁵ *ibid.*, p. 77.

¹⁶⁶ *ibid.*

Según Coleman, la relación entre la práctica de los oficiales y la regla de reconocimiento se explica por la especial naturaleza de esta regla. En este sentido la regla de reconocimiento existe como regla que regula la conducta sólo si es practicada¹⁶⁷, ya que la práctica es condición de existencia de la regla de reconocimiento. Coleman cree que esta característica de la regla de reconocimiento es consecuencia de que se trata de una regla social o convencional. Por el contrario, las reglas válidas según la regla de reconocimiento pretenden regular la conducta de sus destinatarios sin que sea relevante que esas reglas reflejen la práctica. Coleman ejemplifica esta diferencia con la regla que fija la edad para consumir alcohol: una regla válida que fije la edad para consumir alcohol en 21 años pretende regular la conducta de los destinatarios, sin importar si es observada¹⁶⁸.

De esta forma, en lugar de señalar que el contenido de la regla es determinado por la conducta convergente, evitando de esta manera todas las críticas que se refieren a la imposibilidad de identificar una regla ahí donde la conducta que se pretende regular puede modificar el contenido de la regla, cuestión que impediría configurar una práctica social asociada a una regla, Coleman explica que la conducta arregla (*fixes*) la regla¹⁶⁹. Esto quiere decir que la conducta permite: (i) identificar la regla que se está aplicando; y, (ii) en atención al trasfondo cultural y lingüístico (en el que se hayan las capacidades

¹⁶⁷ *ibid.*, p. 78.

¹⁶⁸ *ibid.*

¹⁶⁹ *ibid.*, p. 81.

para comprender la interpretación estándar de una regla) la convergencia de conducta puede permitir a las futuras generaciones de funcionarios comprender el significado y saber cómo continuar actuando, asegurando de esta forma la persistencia del sistema jurídico.

El punto de vista interno, que Hart asoció a la regla de reconocimiento, es relevante por estas consideraciones que se refieren a la práctica de la regla de reconocimiento. El punto de vista interno, entonces, es condición de existencia de la regla de reconocimiento y no del resto de las reglas que forman parte del sistema jurídico, que son válidas conforme a la regla de reconocimiento.

La condición de existencia de la regla de reconocimiento es que sea practicada. La práctica consiste en una convergencia de conducta y del punto de vista interno. La conducta convergente acomoda (*fixes*) la regla, pero no determina su contenido ni determina el ámbito de obligaciones que la regla pretende establecer¹⁷⁰. Podríamos decir que esta es la parte que la regla de reconocimiento comparte con el resto de las reglas sociales.

Según Coleman la regla de reconocimiento es una regla que establece deberes. Respecto de los funcionarios, la regla de reconocimiento establecería el deber de evaluar las conductas recurriendo a todas y sólo a aquellas reglas que sean válidas según la regla de reconocimiento. Para Coleman, el conjunto de reglas válidas que forman un ordenamiento jurídico está compuesto por las

¹⁷⁰ *ibid.*, p. 83.

reglas que son válidas en forma inmediata por aplicación de la regla de reconocimiento, y aquellas que los funcionarios identifican por aplicación de esas normas, que son válidas mediatamente, sin ser válidas inmediatamente conforme a la regla de reconocimiento¹⁷¹.

El problema para los positivistas es cómo justificar que la regla de reconocimiento, siendo una regla convencional, sea capaz de crear obligaciones para los funcionarios que la siguen, sin recurrir a una justificación interna del derecho. En otras palabras, cómo explicar que los funcionarios están obligados por una regla cuyo contenido normativo debe ser aceptado, como presupuesto de su existencia, por aquellos a los que se dirige.

Para resolver este problema acerca de la obligatoriedad de la regla de reconocimiento, Coleman recurre a la idea de actividades de cooperación compartidas (ACC) de Michael Bratman¹⁷². Según la interpretación de Coleman,

¹⁷¹ *ibid.*, p. 85, n. 20.

¹⁷² *vid. ibid.*, p. 96, y BRATMAN: "Shared cooperative activity" 101/2, 327-41 y BRATMAN: "Shared intention" 104, 97-113. No he encontrado una mejor traducción para referirme a la clase de prácticas que Bratman denomina "Shared Cooperative Activity" (SCA). Bratman distingue tres atributos característicos de las ACC: (i) respuesta recíproca: cada partícipe en una ACC actúa positivamente en conformidad a las intenciones y las acciones de otro [...]. Cada uno busca guiar su conducta con un ojo en la conducta de otro, sabiendo que los otros lo harán de la misma forma; (ii) compromiso con la actividad conjunta: en las ACC cada partícipe tiene un compromiso acorde (aunque tal vez por distintas razones) a la actividad conjunta, y su respuesta positiva y conforme va en aras de este compromiso; y (iii) compromiso en apoyo mutuo: en una ACC cada agente está comprometido a apoyar los esfuerzos del otro jugador por cumplir su rol en la actividad conjunta [...]. Estos compromisos para apoyarse mutuamente nos ponen en posición de realizar la actividad conjunta exitosamente incluso cuando cada uno requiere algún tipo de ayuda. Citado por COLEMAN, *op. cit.* en n. 88 (2), p. 96.

el derecho puede ser entendido como una ACC en que los funcionarios actúan bajo la lógica de una actividad de cooperación orientada a cumplir con un determinado fin, para lo que asumen un compromiso conjunto. Mientras estos compromisos generen confianza y puedan justificar expectativas, pueden dar lugar a obligaciones¹⁷³.

Entender el derecho como una ACC permite comprender que este surge de una práctica desarrollada por los funcionarios de una determinada comunidad con una finalidad común, la que pretenden cumplir siendo parte de esa actividad compartida, y que de esta práctica compartida surgen obligaciones para los que son parte de ella. En este caso, el contenido de la obligación de los funcionarios no requiere estar completamente determinado. Basta con que pueda establecerse a través de una especie de equilibrio reflexivo en relación con la finalidad de la práctica. Esta es la forma en que a juicio de Coleman debe ser entendida la función que cumple la regla de reconocimiento en la concepción hartiana del derecho. De esta manera, el positivismo jurídico puede responder a las críticas que se formulan respecto de su naturaleza convencional, en especial a las que dicen relación con la posibilidad de que la regla que permite identificar el contenido de un determinado sistema jurídico de manera vinculante surja mediante una práctica convencional desarrollada por los funcionarios de esa comunidad.

¹⁷³ En esta parte Coleman sigue a Himma en HIMMA, *op. cit.* en n. 155.

Coleman denomina a su explicación acerca del positivismo, que mantiene como característica principal del derecho su carácter convencional, la “tesis del convencionalismo”¹⁷⁴. En resumen, según esta concepción “la regla de reconocimiento da cuenta de una práctica convencional entre los funcionarios en virtud de la cual [...] podemos decir que existe un sistema jurídico. La posibilidad de que la conducta sea regulada por reglas jurídicas depende de la existencia de una regla cuya pretensión de regular conductas depende de que sea practicada desde el punto de vista interno”¹⁷⁵.

Es característico de cualquiera de las concepciones positivistas del derecho moderno entender que las reglas jurídicas cumplen la función de proveer razones autoritativas, cuyo objeto es proveer razones para la acción que guíen la conducta de sus destinatarios. Hasta aquí hemos revisado la explicación de Coleman acerca de la normatividad del derecho. Queda por determinar lo que hace de la tesis de Coleman una explicación incluyente del positivismo jurídico, esto es, la forma en que resuelve la cuestión acerca del criterio que hace que ciertas reglas sean jurídicas. En particular, determinar si el carácter convencional del derecho impide calificar a una regla como jurídica teniendo en consideración su contenido moral.

¹⁷⁴ En este sentido, la tesis del convencionalismo es una instancia especial de la pretensión genérica de que los criterios de legalidad son convencionales. Y esta es a su vez, “una instancia de la aún más básica tesis de las fuentes sociales”, COLEMAN, *op. cit.* en n. 88 (2), p. 103, n. 1.

¹⁷⁵ *ibid.*, p. 101.

3.3.2. El carácter incluyente del positivismo de Coleman.

La diferencia fundamental entre los incluyentes y los excluyentes se encuentra en las características que asignan a los criterios que permiten determinar el derecho de una determinada comunidad, identificando las reglas que forman parte de un determinado sistema jurídico. En particular, la cuestión central está en los efectos que se derivan de la aplicación de los criterios de validez defendidos por una y otra concepción.

El criterio de validez del positivismo jurídico excluyente depende de la tesis de las fuentes sociales. Todos los criterios de validez deben referirse a fuentes sociales.

Según Coleman, el positivismo incluyente niega esta vinculación necesaria entre el contenido del derecho y la tesis de las fuentes sociales. El positivismo incluyente admite, en consecuencia, que en algunas ocasiones el contenido substantivo o moral puede ser condición de validez de una norma particular¹⁷⁶.

Para sustentar su posición, Coleman hace descansar su versión del positivismo jurídico incluyente en la distinción entre las bases (*grounds*) y el contenido (*content*) del criterio de validez. “Las bases (*grounds*) del criterio deben ser un hecho social (una convención entre los funcionarios), pero los criterios en sí mismos no establecen necesariamente un hecho social”¹⁷⁷.

¹⁷⁶ *ibid.*, p. 107.

¹⁷⁷ *ibid.*

Para Coleman, todas las concepciones positivistas del derecho se caracterizan por defender la tesis de los ‘hechos sociales’¹⁷⁸. Según esta tesis, en toda comunidad que tiene derecho, las bases o condiciones de existencia del criterio de validez son una cuestión de hechos sociales¹⁷⁹. Esta distinción entre los criterios de existencia y el contenido del derecho se encontraría ya, según Coleman, en las concepciones positivistas de Austin y Hart. En la concepción del primero, la condición necesaria y suficiente para determinar las normas válidas, de cualquier sistema jurídico, depende de que se traten de órdenes del soberano. En este caso, qué se entiende por soberano puede variar de una jurisdicción a otra, manteniéndose, sin embargo, el criterio de las órdenes del soberano. Lo que cuenta en cualquier jurisdicción como las órdenes del soberano son un conjunto de hechos sociales. “Estos hechos constituyen las bases, fuentes, o condiciones de existencia del criterio de validez”¹⁸⁰. En la tesis de Hart las condiciones de existencia del criterio de validez están en la regla de reconocimiento. El contenido de este criterio puede variar a medida que cambian las reglas de reconocimiento. La regla de

¹⁷⁸ Según Coleman esta es la tesis propiamente positivista y la única forma de comprender correctamente la relación entre derecho y moral. Por el contrario, ningún positivista defendería la tesis de la separación, entendida como la afirmación de que no existe una conexión necesaria entre derecho y moral. A juicio de Coleman, la tesis de la separación se refiere al contenido del criterio que determina la membresía al derecho cuestión que no es útil para identificar al positivismo. Por eso sostiene, que la única forma de entender al positivismo como una escuela común e interesante sería a través de la tesis de los hechos sociales. *vid. ibid.*, p. 152.

¹⁷⁹ *ibid.*

¹⁸⁰ *ibid.*

reconocimiento también existe por un conjunto de hechos sociales que forman las bases del criterio de validez¹⁸¹. De esta forma, “la tesis de las fuentes sociales expresa la forma en que los positivistas están comprometidos con la visión de que la validez es finalmente una cuestión de hechos sociales y no de valores”¹⁸².

Así, para el positivismo jurídico incluyente, la moral puede ser condición de legalidad en algunos sistemas jurídicos particulares en los que una regla social o convencional (la regla de reconocimiento) la incluya.

La premisa básica del positivismo jurídico incluyente es:

“[L]a pretensión de que el positivismo autoriza o permite exigencias substantivas o morales de legalidad; no la posición de que el positivismo requiere tales exigencias”¹⁸³.

También es un error, a juicio de Coleman, entender que la regla de reconocimiento hace de la moral una condición de validez cada vez que en un sistema jurídico existen normas con contenido moral. En estos casos el positivismo incluyente sólo diría que el positivismo autoriza o permite esas explicaciones de la validez jurídica, no en cambio, que el positivismo requiere esa explicación¹⁸⁴.

En resumen:

“El positivismo jurídico incluyente es una teoría acerca de las posibles fuentes de la validez. Sostiene, en efecto, que el

¹⁸¹ *ibid.*, pp. 152-3.

¹⁸² *ibid.*, p. 153.

¹⁸³ *ibid.*, p. 108.

¹⁸⁴ *ibid.*

positivismo puede aceptar no sólo que en algunas ocasiones los principios morales puedan ser parte de la argumentación jurídica; no sólo que esos principios pueden obligar a los funcionarios; sino que en algunas ocasiones pueden ser obligatorios para los funcionarios porque son jurídicamente válidas o parte del derecho de una comunidad, y –más importante- que incluso podrían ser parte del derecho de una comunidad en virtud de sus méritos- siempre que la regla de reconocimiento de esa comunidad tenga tales disposiciones¹⁸⁵.

3.3.3. Las pretensiones que caracterizan la concepción incluyente de Coleman.

La versión del positivismo jurídico incluyente de Coleman se distingue de otras versiones, por: (i) sus motivaciones teóricas, y (ii) el criterio por el cual las teorías del derecho deben ser evaluadas.

A diferencia de otros autores que apelan al positivismo jurídico incluyente por reconocerle una especie de estatus epistemológico privilegiado, vale decir, por su capacidad para describir más adecuadamente las características de los sistemas jurídicos occidentales modernos¹⁸⁶, Coleman descarta estas motivaciones teóricas por no responder a la cuestión central de la disputa entre incluyentes y excluyentes. A su juicio, la cuestión relevante de esta disputa es interpretativa y no descriptiva. La cuestión es acerca de cuál de las dos versiones del positivismo jurídico es susceptible de dar una “mejor explicación o interpretación del hecho que las cláusulas constitucionales contienen lenguaje

¹⁸⁵ *ibid.*, p. 108-9. Primer destacado agregado.

¹⁸⁶ En este sentido véase el tratamiento que hace Moreso, *supra.* y WALUCHOW, *op. cit.* en n. 89.

moral¹⁸⁷ tomando en consideración los efectos que esta explicación tiene para una teoría del derecho.

De esta forma el centro de la disputa entre los positivistas se encuentra, según Coleman, en la mejor explicación a la pretensión de autoridad práctica que caracteriza al derecho. La cuestión profunda es si esa pretensión, correctamente entendida, pone o no restricciones al criterio de validez del sistema jurídico¹⁸⁸.

Según Coleman, el positivismo incluyente es capaz de explicar adecuadamente el rol práctico y la autoridad del derecho sin dejar de dar cuenta de la sintaxis de las normas constitucionales existentes en los sistemas jurídicos modernos. Según esta explicación, el análisis descriptivo de las normas que contienen conceptos morales sirve al fin último de dar cuenta que, a pesar del contenido moral del derecho, éste sigue siendo una práctica social capaz de coordinar la conducta de los ciudadanos en términos prácticos.

Otros positivistas incluyentes han creído encontrar la crítica del positivismo excluyente en la incapacidad de los primeros para explicar correctamente el rol que desempeña la regla de reconocimiento como herramienta tendiente a solucionar un problema de insuficiencia de consenso al

¹⁸⁷ COLEMAN, *op. cit.* en n. 88 (2), p. 109.

¹⁸⁸ *ibid.*, p. 110. De esta forma, los excluyentes no criticarían la falta de rigor descriptivo de los incluyentes sino su simpleza para explicar de manera correcta el carácter convencional del derecho y el rol que este juega en el aspecto práctico de nuestras vidas.

momento de identificar las normas válidas de un ordenamiento jurídico¹⁸⁹. Si la regla de reconocimiento pretende evitar problemas de identificación de las normas jurídicas que válidamente pertenecen al derecho de una determinada comunidad, los criterios que esa regla utiliza no pueden remitir a los propios conceptos de cada uno de los funcionarios que deben aplicar el derecho, como ocurriría con los conceptos morales¹⁹⁰. Según Coleman, esta objeción ha llevado a algunos positivistas incluyentes a responder que “una regla de reconocimiento debe ser capaz de resolver el disenso a un punto suficiente para facilitar la cooperación social”¹⁹¹. En consecuencia, esta restricción implicaría descartar ciertas alternativas más fuertes de positivismo incluyente para las que la moral es condición suficiente de validez¹⁹². Por el contrario, versiones más modestas del positivismo incluyente, aquellas para las que la moral sólo ingresa al sistema jurídico mediante cláusulas que hacen referencia a la moral en términos de necesidad, permitirían dar cuenta de la función de coordinación de la regla de reconocimiento y responder a la objeción excluyente¹⁹³.

¹⁸⁹ *ibid.*, p. 111. Esto es lo que hace Moreso, véase *supra.*, p. 60.

¹⁹⁰ *ibid.*, p. 112.

¹⁹¹ *ibid.*

¹⁹² Que la moral sea suficiente como condición de validez implica que sin importar la tesis de las fuentes sociales, una norma sería parte de un ordenamiento jurídico por responder a una necesidad moral. En otras palabras, el contenido moral de una norma hace que ella sea jurídica sin necesitar un reconocimiento como tal a través de un hecho social. Respecto de la distinción entre las versiones más fuertes y débiles de incorporacionismo y el positivismo incluyente, *vid. supra* el texto que acompaña a la nota 163.

¹⁹³ COLEMAN, *op. cit.* en n. 88 (2), p. 112.

De esta forma, la segunda diferencia entre el positivismo incluyente de Coleman y el defendido por otros autores se encuentra en “cómo entender la naturaleza de las objeciones que el positivismo excluyente ha hecho [al positivismo incluyente]”¹⁹⁴. Según Coleman, las objeciones al positivismo incluyente desde el positivismo excluyente deben ser entendidas como objeciones acerca de la capacidad de los distintos criterios de validez para responder a la “posibilidad conceptual de la autoridad del derecho” y no a una explicación acerca de las posibilidades fácticas o de la efectividad de estas posibilidades conceptuales de manifestar la autoridad del derecho¹⁹⁵. En la interpretación de Coleman, la pretensión central del positivismo incluyente es que “no hay nada en los principios fundantes del positivismo jurídico, o en nuestro concepto del derecho, que excluya la posibilidad que el contenido moral de una norma pueda ser una condición de su validez”¹⁹⁶.

Por lo anterior es que Coleman entiende que su verdadero problema es justificar la posibilidad conceptual de que un sistema jurídico pueda tener una regla de reconocimiento “fuerte”, según la cual, el contenido moral de una norma es condición suficiente de su validez sin perder por ello su capacidad para guiar la conducta de los ciudadanos¹⁹⁷. De esta forma, Coleman pretende responder a la crítica que a su juicio puede poner de mayor manera en

¹⁹⁴ *ibid.*, p. 111. *vid.* en este sentido, COLEMAN: "Constraints on the criteria of legality".

¹⁹⁵ COLEMAN, *op. cit.* en n. 88 (2), p. 114.

¹⁹⁶ COLEMAN, *op. cit.* en n. 194, p. 179.

¹⁹⁷ COLEMAN, *op. cit.* en n. 88 (2), p. 114.

problemas su versión del positivismo incluyente, la tesis de Raz sobre la autoridad del derecho que implica la tesis de las fuentes sociales¹⁹⁸. Según Coleman, la correcta forma de observar el debate entre incluyentes y excluyentes es situándolo en el nivel de la teoría de la autoridad:

“El argumento de que la moral no puede ser condición de validez descansa en dos premisas: primero, que si la moral es condición de validez, será necesario apelar a las razones subyacentes de las que depende las normas para determinar el derecho y su contenido; y segundo, si se debe recurrir a las razones dependientes o justificatorias para poder identificar el derecho o su contenido, entonces el derecho no puede actuar como autoridad”¹⁹⁹.

Para defender al positivismo incluyente de esta crítica, Coleman distingue entre aquellas reglas de reconocimiento para las que la moral sería una razón necesaria para determinar la validez de las normas que forman parte del sistema, de aquellas que hacen de la moral una condición suficiente de validez.

En el primer caso, el menos complejo según él, el derecho no perdería su condición de autoridad ya que las cláusulas que hacen la moral una condición necesaria de validez no nos remiten necesariamente a las razones subyacentes de las que depende la norma particular²⁰⁰. Según Coleman, las consideraciones morales de las que dependen estas normas no forman parte de las razones que subyacen a una norma particular. Así, según su ejemplo, las

¹⁹⁸ Véase capítulo 2 *supra*.

¹⁹⁹ COLEMAN, *op. cit.* en n. 88 (2), p. 126.

²⁰⁰ *ibid.*

consideraciones morales que representa una regla de reconocimiento que establece ciertas consideraciones de justicia o equidad como necesarias para el establecimiento de normas particulares, no son parte de la justificación de las normas que prohíben los homicidios. Estas consideraciones de justicia o equidad no forman parte de las razones por las que es bueno o moralmente deseable tener una norma que prohíbe el homicidio, por lo que no forman parte de las razones dependientes que la norma reemplazaría. En términos generales, “las consideraciones evaluativas que apuntan a la validez de una regla no necesariamente coinciden con aquellas que apuntan a los méritos de la regla”²⁰¹. De esta forma, Coleman cree que el positivismo jurídico incluyente puede responder consistentemente a la tesis raziana de la autoridad. Si las normas que contienen referencias a la moral, en particular si se trata de aquellas normas que hacen referencia a un contenido necesario de correspondencia moral, no requieren por parte del aplicador revisar las consideraciones substantivas que dieron origen a la norma, en principio, estas serían normas que permitirían resolver el problema de la autoridad del derecho.

Coleman correctamente entiende que las reglas de reconocimiento que contienen cláusulas que hacen referencia a la moral como condición necesaria de validez de las normas jurídicas no son el verdadero problema para mostrar la capacidad del positivismo incluyente frente a sus adversarios. La cuestión está en demostrar que la tesis incluyente puede seguir siendo positivista, al menos

²⁰¹ *ibid.*, pp. 126-7.

conceptualmente, cuando acepta que pueden formar parte de las normas vinculantes de una comunidad principios morales como aquél según el cual “Nadie puede aprovecharse de su propio dolo”, principio que Dworkin destaca como razón justificatoria de la decisión judicial en el caso *Riggs vs Palmer*, por el sólo hecho de contener una exigencia de justicia. De esta forma, si ciertos principios que contienen exigencias morales son parte del derecho por el sólo hecho de contener esas exigencias, el problema para el positivismo incluyente es mostrar que la regla de reconocimiento puede llegar a contener cláusulas que hacen de la moral condición suficiente de validez. La regla de reconocimiento que contiene cláusulas que hacen condición suficiente de validez la substancia moral de una norma, implica que la norma en cuestión es válida precisamente porque satisface ese contenido moral exigido por la regla de reconocimiento. En este caso, las razones que hacen de ese estándar una norma jurídica válida son precisamente las razones que justifican esa norma (las razones dependientes razianas) que deberían haber quedado excluidas por el hecho de ser una norma legal válida. Recordemos, según Raz, el derecho tiene como función resolver problemas de coordinación autoritativamente y el hecho de que una norma jurídica sea válida busca precisamente otorgar razones para la acción que excluyen (*preempt*) las razones substantivas que dieron origen a esa norma. Si los destinatarios o aplicadores de las normas tuvieran que volver a revisar las razones substantivas que dieron origen a la norma en cuestión cada vez que tuvieran que tomar una decisión o aplicarla a

un caso particular, el derecho no cumpliría con su función de permitir la acción coordinada de los ciudadanos.

A juicio de Coleman, Raz defendería una pretensión metafísica sobre la naturaleza del derecho como consecuencia de su teoría de la autoridad legítima. Así, la única forma en que el derecho podría mediar entre razones y personas sería considerándolo como algo que puede tener identidad y contenido independiente de consideraciones morales. Hasta ahí bien. La cuestión es que esta pretensión no tiene por qué tener cómo correlato la tesis de las fuentes sociales. El problema en este caso radica en que Raz no distingue entre un criterio que permite identificar el derecho y otro que permita determinar su contenido (las normas jurídicas válidas). Si hubiese utilizado esa distinción, Coleman sugiere, Raz habría notado que su comprensión del derecho requiere que la tesis de las fuentes sociales ponga condiciones en la forma de identificar el derecho y no en la determinación del contenido del mismo²⁰². De esta forma, Coleman destaca la importancia de su trabajo creando distinciones: la regla de reconocimiento fija las condiciones bajo las cuales se podrá determinar la existencia de normas válidas en una determinada comunidad, sin embargo, esta regla no tiene por qué cumplir necesariamente un rol epistémico respecto de la identificación del derecho.

La posibilidad de distinguir en las condiciones que hacen aplicable la tesis de Raz, entre aquellas que se refieren a la existencia de normas jurídicas

²⁰² *ibid.*, pp. 127-8.

válidas en una comunidad y aquellas que permiten identificar las normas jurídicas aplicables por los operadores jurídicos, permite al mismo tiempo mostrar que es posible entregar estas funciones a distintos instrumentos conceptuales. La regla de reconocimiento no es la única herramienta disponible para satisfacer ambas funciones. Si es conceptualmente posible crear instrumentos diferenciados para cada una de estas necesidades, el positivismo incluyente podría sostener, sin dejar de cumplir la función asignada por Raz al derecho, que la cuestión de las condiciones de existencia de las normas jurídicas de una determinada comunidad puede quedar en manos de una regla de reconocimiento con cláusulas que hagan de la moral condición suficiente de validez. Que esta regla de reconocimiento para la que la moral es condición suficiente de validez responda a los fines de la autoridad del derecho, a pesar de que al menos para una persona -la que hipotéticamente deberá identificar el contenido del derecho- no opere como tal, es una posibilidad conceptual que podrá responder adecuadamente a las exigencias del positivismo excluyente, siempre y cuando, la persona que identifique el derecho no sea una de aquellas respecto de las cuales el derecho pretende ejercer autoridad²⁰³.

Finalmente, frente a la crítica formulada por Scott Shapiro²⁰⁴ respecto de la incapacidad del positivismo incluyente para explicar la diferencia entre el razonamiento práctico moral y el razonamiento práctico jurídico que el derecho hace posible, Coleman se concentra en revisar los límites lógicos a los que

²⁰³ *ibid.*, p. 130.

²⁰⁴ SHAPIRO, *op. cit.* en n. 84.

están sujetos esta pretensión (de la diferencia práctica) junto con la tesis de la autoridad raziara. Para estos efectos Coleman observa que los presupuestos que hacen posible que el derecho produzca una diferencia práctica con la moral y la tesis del carácter mediador del derecho, se refieren precisamente al derecho como sistema jurídico y no requieren que cada una de las normas jurídicas válidas, de manera individual, produzcan los efectos que las tesis excluyentes (y positivistas en general) atribuyen al derecho. De esta forma, mientras el derecho (el conjunto de normas jurídicas que forman el derecho de una comunidad) pueda generar una diferencia práctica con la moral y pueda además mediar entre las personas y las razones que se les aplican, no tiene relevancia el hecho de que algunas de las normas que forman parte del derecho, individualmente consideradas, no cumplan con la función asignada al derecho²⁰⁵.

²⁰⁵ COLEMAN, *op. cit.* en n. 88 (2), pp. 143 y ss.

CAPÍTULO IV

EL ESTADO DE LA CRÍTICA DWORKINIANA AL POSITIVISMO JURÍDICO

A lo largo de este trabajo he intentado revisar las distintas respuestas formuladas por los defensores del positivismo jurídico a la crítica formulada por Dworkin a esa concepción del derecho, hace cuarenta años, en “El modelo de las reglas”²⁰⁶. En ese entonces, la crítica de Dworkin al positivismo jurídico se concentró en revisar los elementos centrales que a su juicio permiten identificar cualquier concepción positivista del derecho, lo que llamó el esqueleto del positivismo, aunque cada vez que tuvo que desplegar la fuerza de un argumento lo dirigió contra la versión más sofisticada de esa tradición, la construida por H L A Hart. De esta forma, Dworkin criticó que el derecho²⁰⁷:

(1) pueda entenderse como un conjunto de reglas identificables mediante un criterio formal (de *pedigree*) que atiende a la forma en que dichas reglas se crearon o establecieron, sin hacer referencia a su contenido²⁰⁸;

(2) sea el conjunto de reglas jurídicas determinado según (1), de forma que si un caso no queda cubierto por ese conjunto de reglas no puede decidirse por el juez aplicando el derecho. Según esta característica, ante la ausencia de una norma que cubra el caso o ante un caso al que no puede aplicarse

²⁰⁶ DWORKIN, *op. cit.* en n. 42, 14-46.

²⁰⁷ DWORKIN, *op. cit.* en n. 44, p. 17.

²⁰⁸ Esta es la función que cumple la regla de reconocimiento en HART, *op. cit.* en n. 1, *vid. supra.* p. 15.

claramente una regla, el juez deberá ejercer su discreción para decidir el caso particular²⁰⁹;

(3) decir que alguien tiene una obligación jurídica quiere decir que existe una regla jurídica válida según (1) que manda o prohíbe una determinada conducta.

Para mostrar la insuficiencia de cualquier comprensión del derecho que se construya a partir de estos elementos centrales como explicación de la práctica argumentativa desarrollada por abogados y jueces, Dworkin comenzó mostrando que ciertos casos paradigmáticos, i.e. los casos difíciles, son resueltos por los jueces aplicando estándares normativos que no pueden ser reconocidos por el positivismo jurídico como parte del derecho: los principios jurídicos y las directrices políticas. Los primeros son definidos por Dworkin como estándares “que debe[n] ser observado[s] [...] por ser un requerimiento de justicia o equidad o alguna otra dimensión moral”; mientras que los segundos son estándares “que establecen una meta que debe ser alcanzada, generalmente una mejora en alguna cuestión económica, política o social de una comunidad”²¹⁰. Así por ejemplo, en *Riggs vs. Palmer*²¹¹ los jueces resolvieron aplicando el principio de que “nadie puede aprovecharse de su propio dolo”²¹².

²⁰⁹ Véase HART, *op. cit.* en n. 1, capítulo VII.

²¹⁰ DWORKIN, *op. cit.* en n. 44, p. 22.

²¹¹ 115 N.Y. p. 511, 22 N.E. en 190 (1889). Citado por Dworkin, *ibid.*, p. 23.

²¹² Este caso, también conocido como el del heredero apurado, los jueces del estado de Nueva York debían resolver si el nieto que, sabiéndose heredero

En este capítulo me propongo revisar la crítica dworkiniana al positivismo jurídico, la que en este trabajo he llamado primera crítica, y la función que cumple en este sentido la distinción entre principios y reglas. Después de dar cuenta del rol de la distinción en el argumento de Dworkin, revisaré los límites de la misma como explicación de la naturaleza lógica de distintas normas jurídicas en atención a las consecuencias que ella acarrea para el derecho moderno y cómo, aun considerando la distinción entre principios y reglas irrelevante, la crítica dworkiniana al positivismo jurídico se mantiene vigente.

4.1. Nuevamente sobre la distinción entre principios y reglas

Para Dworkin la distinción entre principios y reglas es lógica, vale decir, se distinguen por el tipo de razonamiento que debe efectuar un operador jurídico al momento de aplicar dichos estándares. Las reglas son aplicadas en forma de “todo o nada. Si se presentan los hechos establecidos en la regla,[...] la respuesta que entrega debe ser aceptada, [si no se presentan] no aporta nada

testamentario, asesina a su abuelo a efectos de adquirir la herencia antes de que éste realice alguna modificación al testamento tiene derecho a recibir la herencia. Según las reglas aplicables al caso, no existía ninguna inhabilidad o causal de indignidad que se aplicara al nieto, de forma tal que en principio, debía reconocérsele como heredero legítimo. Sin embargo, los jueces resolvieron contra el nieto aplicando el principio según el cual “nadie puede aprovecharse de su propio dolo”. La parte central del argumento de los jueces señaló “todas las leyes al igual que todos los contratos pueden ser controlados en su operación y sus efectos por máximas generales, fundamentales del *common law*. A nadie le está permitido aprovecharse de su propio dolo, o sacar ventaja se su propio error, o [...] fundar cualquier pretensión en su propia inequidad, o [...] adquirir propiedad a través de un crimen”.

a la solución del caso”²¹³. En otras palabras, las reglas responden al ideal de la subsunción, según el cual, concurriendo los presupuestos fácticos de la norma jurídica o presupuesto de hecho, no cabe sino concluir en la forma establecida en dicha regla. A diferencia de las reglas los principios tienen una “dimensión de peso o importancia”²¹⁴. Esta dimensión de peso o importancia no establece una medida exacta de aplicación del principio, de manera tal que exige al adjudicador realizar un acto de ponderación. Esta cuestión del peso o importancia de un principio adquiere mayor relevancia al considerar que respecto de un mismo caso, en general, es posible identificar uno o más principios que pueden aplicarse al mismo.

Por la razón anterior es fácil notar entonces que otro aspecto que diferencia lógicamente a las reglas de los principios es la forma en que deben ser aplicados a un caso particular cuando ese caso puede estar cubierto por dos estándares contradictorios. Cuando dos principios están en contradicción, aquél que debe resolver el conflicto debe tomar en consideración el peso relativo de cada uno de ellos. Debe preguntarse cuál de los principios en conflicto tiene un mayor peso relativo para resolver el caso en cuestión, lo que no implica descartar la aplicabilidad de un principio en el caso que debe resolverse. Los conflictos entre principios “[...] se resuelven sobre la base de la ‘dimensión del peso’, es decir, sobre la base de la relevancia y el valor que se

²¹³ DWORKIN, *op. cit.* en n. 44, p. 24.

²¹⁴ *ibid.*, p. 26.

les asigna a cada uno con respecto al otro, cuando se aplican en la práctica”²¹⁵. Esto implica necesariamente que el adjudicador realiza un acto de ponderación, puesto que la dimensión de peso no es “una medida exacta, y el juicio que un determinado principio [...] es más importante que otro, será usualmente una cuestión controvertida”²¹⁶.

Las reglas en cambio no tienen esta dimensión de peso. Sí pueden haber reglas que sean más importantes que otras en términos funcionales, pero eso no quiere decir que la regla funcionalmente más relevante deba aplicarse por sobre una funcionalmente menos relevante. Por esta razón, en caso de conflicto de reglas sólo una de ellas puede ser aplicada. “La decisión de cuál de esas reglas [es aplicable], debe hacerse apelando a consideraciones que están fuera de la regla misma. Un sistema legal puede regular esos conflictos por otras reglas, que hagan preferir la regla establecida por la autoridad superior, o la regla establecida con posterioridad, o la regla más específica o algún criterio

²¹⁵ TOLONEN, *op. cit.* en n. 70, p. 71.

²¹⁶ DWORKIN, *op. cit.* en n. 44, p. 26. En este mismo sentido, para Alexy “...los principios son susceptibles de ponderación y, además, la necesitan”. Según Alexy, los principios son mandatos de optimización (las reglas en cambio, mandatos definitivos), por lo tanto, “[...] normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto significa que pueden ser satisfechos en grados diferentes y que la medida ordenada de su satisfacción depende no sólo de las posibilidades fácticas sino jurídicas, que están determinadas no sólo por las reglas sino también, esencialmente, por los principios opuestos”. ALEXY, *op. cit.* en n. 73, p. 162.

de ese tipo. [Incluso] un sistema jurídico puede preferir la regla sustentada por los principios más importantes”²¹⁷.

La distinción lógica entre reglas y principios ha sido caracterizada por Aulis Aarnio como la tesis de la demarcación fuerte, para la que la diferencia entre principios y reglas es cualitativa. “[L]a tesis de la demarcación fuerte está basada en el concepto wittgensteniano de regla: las reglas se siguen o no. [P]ueden compararse con las vías del tren [...]. No hay una tercera alternativa. Esto se aplica a todas las reglas y, por lo tanto, también a las reglas jurídicas[...].”²¹⁸.

Ahora bien, ¿cómo determinar cuándo un estándar normativo es una regla o un principio? Sabemos que la determinación de si estamos frente a una regla o un principio no depende de la formulación lingüística de las normas jurídicas. En la mayoría de los casos, por el contrario, la formulación lingüística del estándar jurídico no nos permite determinar si la norma en cuestión es una regla o un principio:

“Un testamento es inválido a menos que esté firmado por tres testigos’ no es muy distinto en cuanto a su forma que ‘Nadie puede aprovecharse de su propio dolo’, pero alguien que sabe algo de Derecho [estadounidense] sabe que tiene que considerar

²¹⁷ DWORKIN, *op. cit.* en n. 44, p. 27. *vid.* TOLONEN, *op. cit.* en n. 70. Para los criterios de resolución de conflictos de reglas o antinomias *vid.* por todos, BOBBIO, *op. cit.* en n. 76, capítulo III, pp. 189ss. En la literatura nacional, *vid.* BASCUÑÁN R., *op. cit.* en n. 75, pp. 34ss.

²¹⁸ AARNIO, *op. cit.* en n. 62, p. 17. Para revisar el concepto de regla en Wittgenstein, *vid.* WITTGENSTEIN, *Investigaciones Filosóficas*, § 143ss. y WITTGENSTEIN, *Los Cuadernos Azul y Marrón esp. Cuaderno Marrón*, pp. 111ss.

que la primera establece una regla y que la segunda establece un principio”²¹⁹.

Alguien podría contestar que el mismo Dworkin sugiere revisar la forma del estándar jurídico, cuando nos dice que “algunas veces una regla y un principio pueden tener el mismo rol, y la diferencia entre ellos es una cuestión solamente de forma”²²⁰. Pero esta respuesta es incorrecta porque se olvida de la primera parte de la cita, en donde creo se encuentra el énfasis de la distinción, algunas veces una regla y un principio pueden tener el mismo rol²²¹. Lo relevante para la identificación de los casos en que las reglas y los principios tienen el mismo rol, está en la labor interpretativa de los conceptos abstractos (y no en la simple observación de las formas) contenidos en muchos estándares normativos, tales como ‘razonable’, ‘negligente’, ‘injusto’, lo que hace que “la aplicación de la regla que los contiene dependa en algún grado de los principios [...] que subyacen a la regla, y en este sentido hacen que la regla misma se parezca más a un principio”²²².

Ya hemos visto que esta distinción entre principios y reglas (y la crítica que mediante ésta Dworkin hace al esqueleto conceptual del positivismo jurídico) llevó a que los positivistas se defendieran, unos, excluyendo del derecho aquéllos estándares que no están reconocidos formalmente por alguna fuente del derecho, otros, sosteniendo que nada en la concepción positivista del

²¹⁹ DWORKIN, *op. cit.* en n. 44, p. 27, destacado agregado.

²²⁰ *ibid.*

²²¹ *vid. SAFFIE, op. cit.* en n. 62.

²²² DWORKIN, *op. cit.* en n. 44, p. 28.

derecho hace necesaria la exclusión de estos estándares morales ya que sólo basta con la posibilidad conceptual de reconocer un sistema jurídico que excluya completamente la moral, si es posible imaginar a lo menos un sistema tal, para que el positivismo jurídico siga siendo una buena explicación de qué es el derecho. Sin embargo, pareciera que para Dworkin esta distinción nunca fue tan relevante -en sí misma- como lo fue para los defensores del positivismo. Me gustaría sostener que esta distinción sólo fue relevante para llamar la atención respecto de la simpleza del positivismo de reglas como una explicación del derecho, en particular, que en la primera formulación de la crítica dworkiniana buscó mostrar que los jueces están siempre obligados a aplicar el derecho preexistente al caso en que deben fallar. Recordemos que la preocupación central de Dworkin a fines de los sesentas estaba en mostrar cuán insuficiente se torna el positivismo jurídico como explicación respecto de qué es el derecho cuando reconoce que el juez, en un caso difícil, puede ejercer discreción en el sentido fuerte para resolver el caso particular²²³. Si la respuesta del positivismo

²²³ Dworkin correctamente señala que hablar de discreción sólo tiene sentido en aquellos casos en que alguien debe tomar una decisión aplicando un estándar establecido por una autoridad determinada. Tomando esa definición distingue tres clases de discreción, dos en sentido débil y una en sentido fuerte. El primer sentido débil de discreción cubre aquellos casos en que no es posible aplicar mecánicamente un estándar determinado sino que se requiere que el adjudicador utilice su juicio. En el segundo sentido débil caben aquellos casos en que la decisión de aquél que debe aplicar un estándar determinado no está sujeta a revisión por otro adjudicador. El sentido fuerte de discreción, que según Dworkin es el único que tiene sentido como explicación de la referencia hecha por los positivistas, se refiere a aquellos casos en que el decisor no está constreñido por estándar alguno de una autoridad superior. Si éste es el tipo de discreción al que se refieren los positivistas, cuando los jueces resuelven un

es que los jueces en esos casos deben crear derecho discrecionalmente, entonces, no están obligados por el derecho. La consecuencia de esta cuestión es vital para Dworkin: los teóricos del derecho no están tomando los derechos en serio. En este caso, definitividad e infalibilidad se vuelven sinónimos²²⁴.

4.2. El propósito de Dworkin al introducir la distinción entre principios y reglas y sus límites.

En los artículos que forman *Taking Rights Seriously* es posible notar el interés de Dworkin por formular un argumento que permitiera explicar el concepto de derecho según la forma en que éste es habitualmente utilizado y que, según él, se refiere a los “estándares que establecen derechos y deberes que un gobierno tiene el deber de reconocer y asegurar, al menos en principio, a través de [...] las cortes y la policía”²²⁵. Esta es la razón por la cual Dworkin descarta, como argumentos de los que deba hacerse cargo, ya hace treinta años, todos aquellos que se orientan a establecer una definición por estipulación del derecho.

Al revisar la tesis de Hart de las reglas sociales como explicación de la normatividad del derecho, Dworkin se muestra especialmente interesado en determinar los casos en que existe una obligación jurídica respecto de los

caso discrecionalmente no están sujetos a ninguna restricción, no pueden equivocarse y en consecuencia no aplican derecho preexistente sino que crean derecho para la resolución del caso particular. *vid. ibid.*, pp. 31-2 y 69.

²²⁴ HART, *op. cit.* en n. 1, pp. 176 y ss.

²²⁵ DWORKIN, *op. cit.* en n. 44, p. 47.

jueces de aplicar el derecho (la ley). El problema radica en que si la tesis hartiana se refiere a que la existencia de una obligación jurídica supone reconocer una regla social y aceptarla, lo que Dworkin llama la versión fuerte de la tesis de las reglas sociales, esta es una comprensión insatisfactoria del derecho puesto que existen algunas afirmaciones respecto de reglas normativas que no pueden ser explicadas como haciendo apelación a una regla social establecida; y si la salida es aceptar que en algunos casos existe esta doble concurrencia entre regla social y su aceptación, lo que Dworkin llama la versión suave de la tesis de las reglas sociales, en ambos casos se desconoce la distinción entre moral concurrente y moral social²²⁶. Existe una moral concurrente en una comunidad cuando sus miembros reconocen la existencia de una regla normativa, sin considerar el hecho de que todos acuerden en la misma, como parte esencial de los fundamentos que les permiten afirmar la existencia de dicha regla. Por el contrario, existe una moral convencional cuando se considera esencial el acuerdo de aquellos que reconocen la existencia de una regla normativa²²⁷. Según Dworkin el positivismo hartiano basado en la tesis de las reglas sociales es incompatible con cualquiera de estas dos clases de moral. El positivismo de reglas sociales no es compatible con una moral concurrente porque en este caso no podrían, aquellos que aplican la regla, justificar su acción en la existencia de una regla social en la que han acordado previamente. Por definición, la moral concurrente supone que

²²⁶ *ibid.*, pp. 51-3.

²²⁷ *ibid.*, p. 53.

no es necesario recurrir a la regla acordada para justificar la existencia del deber. La tesis de las reglas sociales tampoco puede ajustarse o dar cuenta de la moral convencional puesto que no puede explicar el hecho de que aún en aquellos casos en que existe acuerdo respecto de la existencia de una regla social que justifica un deber, puede existir desacuerdo respecto del contenido de ese deber. A juicio de Dworkin, en este último caso no se cumple la definición de regla social de Hart puesto que no existe posibilidad de constituir dicha regla si el comportamiento de un grupo de los destinatarios de la norma no es uniforme²²⁸. De esta forma, si la tesis de las reglas sociales pretende explicar la normatividad de ciertas reglas es insuficiente, puesto que cuando consideramos que la aplicación de una regla a un caso puede ser controvertida, pese a que la regla ha sido acordada y precisamente al considerar que la regla ha sido acordada, la situación da cuenta de que existen distintas reglas a las cuales se está apelando para resolver el caso o incluso que puede no existir una regla aplicable al caso.

Ahora comienza a aparecer con mayor claridad el que creo fue el objetivo de Dworkin: mostrar la insuficiencia de la tesis de las reglas sociales como una explicación de la normatividad del derecho. La tesis de las reglas sociales no puede dar cuenta de la fuerza normativa del derecho, en particular, respecto del deber del juez de resolver reconociendo derechos preexistentes, sólo puede aplicarse en aquellos casos “como algunos juegos, en que los

²²⁸ *ibid.*, p. 54.

participantes aceptan que en caso de existir controversia acerca de un deber, ese deber no existe”²²⁹. Según Dworkin, la cuestión tampoco puede ser resuelta manifestando que las controversias en la aplicación de una regla social son cuestiones acerca de la interpretación de algunos conceptos centrales en la formulación escrita de la regla, puesto que de esta manera la teoría de las reglas sociales perdería su gran aporte en el estudio de la normatividad, i.e. que las prácticas sociales juegan un rol central en justificar algunas de nuestras apelaciones normativas acerca de las responsabilidades y deberes de un individuo. Otra posibilidad, dice Dworkin, estaría en considerar que las reglas sociales no establecen los límites de los deberes de las personas sino que un umbral. De ser así, en aquellos casos en que se afirma que existe un deber, a pesar de no existir una norma claramente aplicable, se estaría apelando a consideraciones ajenas a la práctica social determinada por el comportamiento de los agentes relevantes, lo que haría perder la pretensión hartiana de que las prácticas sociales dan cuenta de todos los deberes judiciales²³⁰.

Intentando rescatar el aporte de la tesis de las reglas sociales, i.e. que existe cierta relación entre las prácticas sociales y los deberes que nos reconocemos unos a otros, Dworkin cree encontrar el problema de esa concepción del derecho: la cuestión radica en el fundamento errado de la tesis de las reglas sociales, según el cual, la práctica social constituye una regla que

²²⁹ *ibid.*, p. 55.

²³⁰ *ibid.*, pp. 56-7.

es aceptada por el juicio normativo²³¹. De esta forma, la tesis de las fuentes sociales pierde de vista la correcta relación que existe entre el comportamiento social y el comportamiento normativo teniendo en consideración una moral convencional. Para ejemplificar esta cuestión, si X sostiene que Y tiene un derecho por un comportamiento constante que A ha realizado en su favor, B puede no sostener lo mismo por considerar que ese comportamiento es ofensivo²³². A juicio de Dworkin, la correcta forma de entender esta relación entre práctica social y deber se encuentra en que la primera, permite justificar una regla que el juicio normativo establece²³³. En este sentido, ciertas prácticas sociales que valoramos pueden permitir sostener la existencia de una regla normativa porque la práctica es valorada, lo que hará que en algunos casos la regla cubra por completo el caso al que se aplica y que en otros la regla no cubra, por exceso o defecto, las conductas que pueden realizarse dentro de la práctica social. Es por esta razón que una práctica social puede justificar distintas reglas normativas que se derivan de la práctica en cuestión, caso en el cual, la discusión se referirá “no a la regla constituida por la conducta común, vale decir, a la regla social, sino a la regla que está justificada por la conducta común. [La discusión se centrará] precisamente sobre qué es esa regla”²³⁴. Ese

²³¹ *ibid.*, p. 57.

²³² Nadie sostendría, por ejemplo, que los hombres casados tengan derecho a que las mujeres se dediquen al cuidado de la casa por el hecho de que en algún momento histórico ellas se comportaron de cierta forma en sus relaciones matrimoniales.

²³³ DWORKIN, *op. cit.* en n. 44, p. 57.

²³⁴ *ibid.*, p. 58.

desacuerdo que no permite identificar el contenido de la regla no es un desacuerdo que se refiera a la conducta de los jueces ni puede resolverse apelando a ese comportamiento.

Esta distinción entre una regla social y una regla normativa permite a Dworkin mostrar la diferencia entre la concepción del derecho de Hart y la defendida por él. La cuestión que a Dworkin le interesa mostrar es que habitualmente la referencia por parte de los abogados y los operadores jurídicos a las decisiones que se espera que los jueces adopten en determinadas circunstancias se refiere a un deber de los jueces y no a aquello que los jueces deberían hacer. Si la concepción del derecho de Hart depende de la existencia de una regla social que permita distinguir entre normas jurídicas y otros estándares normativos pertenecientes a sistemas distintos del derecho, en especial de la moral, la cuestión que hace a la tesis insuficiente como explicación de qué es el derecho es que descansa en la idea de una regla social y no en la cuestión de qué clase de estándares pueden ser incorporados por dicha regla social. En otras palabras, la cuestión que Dworkin busca controvertir en su discusión con Hart es acerca de las obligaciones que los jueces tienen en la aplicación de la ley y no en una cuestión que se refiera a la clase de estándares que forman parte del sistema jurídico. Esta es la razón también por la que la defensa conceptual del positivismo jurídico excluyente es absurda por perder de vista el centro de la discusión.

Dworkin muestra que los ajustes que pueden hacerse a una regla social de reconocimiento tendientes a responder de distinta forma sus críticas al positivismo, i.e. (i) permitiendo que estándares distintos de las reglas puedan ser incluidos en un sistema jurídico mediante la regla de reconocimiento, especialmente aquellos que tienen un contenido moral; y (ii) fijando una regla de reconocimiento más laxa que permita explicar el hecho de que la mayoría de las decisiones sobre el derecho quedan gobernados por ella admitiendo un margen de discusión entre aquellos que deben aplicar el derecho al momento de determinar el contenido del mismo, sólo son respuestas que hacen evidente su crítica: el derecho no puede ser determinado mediante una regla social porque no es capaz de explicar que los casos difíciles, i.e. la mayoría de los casos que se presentan ante un tribunal, deben ser resueltos aplicando estándares normativos, ya sean reglas o principios, que forman parte del derecho de una comunidad²³⁵. Ahora se entiende que la cuestión central para Dworkin es mostrar que en caso que sea en algún sentido “posible que los jueces tengan un deber de aplicar algunas reglas o principios al determinar lo que el derecho requiere, sin considerar el hecho de que no exista una regla social que determine ese deber, entonces la tesis [de las reglas sociales] está equivocada, como sea que describa ese deber”²³⁶. La cuestión central para Dworkin está en mostrar que una concepción del derecho incapaz de mostrar el deber de los jueces de aplicar la ley, es insatisfactoria. Es por esta razón que en

²³⁵ *ibid.*, pp. 58-62.

²³⁶ *ibid.*, p. 64.

la frase citada más arriba la cuestión central no es acerca de la distinción entre principios y reglas sino en el deber de los jueces de aplicar estándares normativos que forman parte del derecho de una comunidad. Así, note que la afirmación de Dworkin mantiene su fuerza en caso que se reemplace la referencia a 'reglas y principios' por 'estándares normativos': "que los jueces tengan un deber de aplicar algun[o]s [estándares normativos] al determinar lo que el derecho requiere [...]".

El propósito de Dworkin es construir una teoría del derecho que permita explicar el deber de los jueces de aplicar la ley. Esta teoría del derecho debería establecer principios "que deben intentar justificar las reglas establecidas identificando las consideraciones políticas o morales y las tradiciones de la comunidad que [...] de hecho sirvan de fundamento a las reglas"²³⁷. Según Dworkin la mayoría de los filósofos del derecho ha intentado responder la pregunta central de la teoría del derecho, i.e. qué es el derecho, distinguiendo los estándares que adecuadamente permiten argumentar la existencia de un derecho o un deber jurídico, pero con esta estrategia no han logrado dar cuenta de manera suficiente del deber de aplicar el derecho al que se encuentran sujetos los jueces al fallar un caso²³⁸. La estrategia de Dworkin es distinta, intenta mostrar que existen ciertos estándares que obligan a los jueces a fallar de determinada forma, aun cuando no exista una regla expresa que se aplique al caso en cuestión que pueda ser identificada como parte del derecho según

²³⁷ *ibid.*, p. 67.

²³⁸ *ibid.*, p. 68.

un criterio determinado. Por eso en *Taking Rights Seriously* Dworkin notó que, “si no es posible elaborar una lista exclusiva de estándares, entonces debe encontrarse otra forma de distinguir derechos y deberes jurídicos de otra clase de derechos y deberes”²³⁹.

El propósito que Dworkin tuvo en mente al introducir la distinción entre reglas y principios tenía dos partes, (i) llamar la atención en una distinción importante para entender la forma en que abogados y jueces razonan; y (ii) mostrar que los estándares a los que apelan abogados y jueces pone en problemas al positivismo porque no pueden ser incluidos mediante un test que determine el contenido del derecho como la regla de reconocimiento hartiana²⁴⁰. Ambas partes del propósito original de Dworkin no descansan en el éxito de la distinción lógica entre principios y reglas, tal como el mismo Dworkin señaló, “si no tengo éxito en establecer la distinción [...] de ninguna forma se sigue que el argumento general que formulo contra el positivismo pierda su fundamento”²⁴¹. Por el contrario, no fue un objetivo de Dworkin demostrar que el derecho es un conjunto determinado de estándares normativos, i.e. de ciertas reglas y principios singulares:

“Mi punto fue que [...] un resumen adecuado de las consideraciones que los abogados deben tener presente [...] debería incluir proposiciones que tienen la forma y la fuerza de los principios, y que los jueces y abogados, [...] habitualmente usan proposiciones que deben entenderse de esa forma. Nada de esto,

²³⁹ *ibid.*

²⁴⁰ *ibid.*, p. 71.

²⁴¹ *ibid.*, p. 72.

creo, me comprometo con una ontología legal que asume cualquier teoría particular de individuación”²⁴².

El propósito de Dworkin no consistía en reemplazar una concepción del derecho como un sistema de reglas por una que entendiera el derecho como un sistema de reglas y principios. A su juicio no “existe tal cosa como ‘el derecho’ como una colección de proposiciones individuales y separadas, cada una con su formulación canónica”²⁴³.

La distinción entre reglas y principios correctamente entendida en este sentido, debería considerar que las primeras son sólo el reflejo de la decisión que el legislador ha tomado respecto de dos o más principios que están en conflicto. En este sentido los principios subyacen a las reglas²⁴⁴.

En *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*²⁴⁵, Dworkin construyó una respuesta a las distintas críticas a las que se enfrentó el argumento presentado en *Taking Rights Seriously*, y ahí volvió a señalar el carácter y el sentido de la distinción entre reglas y principios. Destacó que el rol de la distinción lógica entre reglas y principios consiste en “identificar estándares que causan problemas que pueden ser descritos de otra forma por aquellos que rechazan [la] distinción”²⁴⁶. Según Dworkin el rol argumentativo que jugó la distinción consistió en “dirigir la atención para mostrar la existencia de estándares distintos de los que normalmente pensamos como reglas

²⁴² *ibid.*, p. 76.

²⁴³ *ibid.*, p. 344.

²⁴⁴ *ibid.*, p. 77.

²⁴⁵ COHEN, Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence.

²⁴⁶ *ibid.*, p. 262.

jurídicas”²⁴⁷. De esta forma el argumento “no se ve afectado por ningún argumento que cuestione el exacto carácter de la distinción, o si puede decirse que los principios son una clase de regla o las reglas una clase de principios”²⁴⁸. La cuestión relevante es demostrar que si los jueces utilizan estándares que no pueden ser identificados por una regla social que determine el contenido del derecho, el positivismo no puede ofrecer una explicación suficiente del deber de los jueces de aplicar la ley. Es por esto que Dworkin insiste en que su interés es hacerse cargo de una cuestión más importante, “si es posible en algún caso sostener que los litigantes tienen derecho a una decisión favorable, en virtud de la historia de la práctica jurídica, cuando ya no hay reglas jurídicas aplicables”²⁴⁹.

A modo de conclusión, la cuestión que a Dworkin realmente le interesaba mostrar es que el positivismo jurídico no logra explicar el deber de los jueces de aplicar el derecho en aquellos casos en que no existe una regla jurídica establecida con anterioridad que sea aplicable al caso, o en aquellos casos en que no existe claridad en la aplicación de la regla a un caso particular por no quedar los hechos del caso cubiertos por la regla, porque en esos casos reconoce que el juez tiene discreción en sentido fuerte para resolver la cuestión. La distinción entre principios y reglas buscó mostrar que los jueces recurren a estándares distintos de las reglas jurídicas para resolver esos casos difíciles en

²⁴⁷ *ibid.*, p. 261.

²⁴⁸ *ibid.*

²⁴⁹ *ibid.*, p. 262.

el entendido de estar aplicando el derecho de una comunidad. En este sentido es posible entender la afirmación de Dworkin de que los principios jurídicos ‘subyacen a las reglas jurídicas’ porque permiten reconstruir la ‘historia de la práctica jurídica’ de una comunidad de manera coherente, mostrando que los jueces al fallar los casos difíciles pretenden cumplir con su deber de aplicar el derecho vigente sin realizar un ejercicio discrecional (en sentido fuerte). Las personas tienen derechos jurídicos y los principios, entendidos como estándares morales de política, figuran en la determinación de los derechos que las personas tienen, y no pueden ser enumerados porque mientras existan principios morales que puedan cumplir ese rol, i.e. determinar los derechos de las personas, éstos deberán ser considerados principios jurídicos²⁵⁰.

4.3. La insuficiencia de las respuestas desde el positivismo.

Las respuestas desde el positivismo a la crítica dworkiniana se desplegaron en dos frentes según se ha visto con anterioridad en este trabajo. Esas respuestas, i.e. excluyentes e incluyentes, no han sido a mi juicio capaces de contestar correctamente las objeciones formuladas por Dworkin puesto que se han olvidado del argumento central y se concentraron, en cambio, en las consecuencias que para la teoría positivista implicaba la distinción entre principios y reglas, que es irrelevante si la pretensión de los positivistas es contestar el núcleo de la crítica de Dworkin.

²⁵⁰ DWORKIN, *op. cit.* en n. 44, p. 344.

Para dejar en evidencia el error en la estrategia de defensa desarrollada por los positivistas es interesante tener en consideración lo analizado en el apartado anterior, respecto de la función, límites y objetivos que la distinción entre principios y reglas cumplió en el comienzo de la construcción de la concepción del derecho de Dworkin, y la forma en que esta distinción (no) se presenta en sus últimos trabajos.

Dworkin elaboró completamente por primera vez su concepción del derecho en *Law's Empire*²⁵¹. Y lo interesante es que en ese libro la distinción entre reglas y principios dejó de ser una cuestión central del argumento y sólo recurrió a ella para ejemplificar casos de adjudicación que permitían mostrar lo útil de su concepción, pero no ya como una cuestión lógica, sino como una cuestión interpretativa. En lo que sigue de este apartado intentaré exponer brevemente la idea presentada por Dworkin en *Law's Empire* en la que el derecho es entendido como un concepto interpretativo²⁵².

En *Law's Empire* Dworkin presentó su concepción del derecho como integridad. Según ésta, el derecho es una práctica argumentativa social en la que debe determinarse lo que cuenta como un buen o un mal argumento dentro de la misma y no un concepto que debe ser identificado siguiendo ciertas reglas que definen lo que debe entenderse como derecho.

²⁵¹ DWORKIN, *Law's Empire*.

²⁵² Una exposición detallada de la concepción del derecho defendida por Dworkin y sus implicancias para la teoría del derecho excede con creces el propósito de este trabajo. Si se quiere revisar un análisis profundo de la teoría del derecho de Dworkin, *vid.* GUEST, *op. cit.* en n. 42.

La actitud interpretativa que supone esta concepción del derecho tiene dos componentes. El primero entiende que la práctica (el derecho) además de existir tiene valor, vale decir, “sirve para algún interés o propósito o refuerza algún principio, en resumen, tiene un fin, que puede ser identificado con independencia de la mera descripción de las reglas que definen la práctica”²⁵³; según el segundo, los requerimientos que la práctica establece no son necesaria o exclusivamente los que siempre se han entendido que le pertenecen, sino que pueden variar porque son sensibles a su fin, “de manera que las reglas estrictas deben ser entendidas o aplicadas o modificadas o calificadas o limitadas por ese fin”²⁵⁴.

En este sentido, que el derecho sea una práctica social interpretativa supone que la interpretación del mismo que deben realizar aquellos que lo aplican “aspira a interpretar algo creado por personas como una entidad distinta de ellos, en lugar de lo que las personas hablan, como en la interpretación que tiene lugar en la conversación, o de eventos no creados por personas, como en la interpretación científica”²⁵⁵. De esta forma los participantes de la práctica intentan “imponer significado a la institución –para verla en su mejor representación- y luego reconstruirla a la luz de ese significado”²⁵⁶.

²⁵³ DWORKIN, *op. cit.* en n. 251, p. 47.

²⁵⁴ *ibid.*

²⁵⁵ *ibid.*, p. 50.

²⁵⁶ *ibid.*, p. 47.

Esto no quiere decir que se desconozca la existencia del derecho, en este sentido el derecho como integridad es diferente y crítico de las concepciones escépticas:

“[E]l derecho como integridad acepta en forma sincera el derecho y los derechos. Supone que el derecho beneficia a la sociedad [...] asegurando una especie de igualdad entre los ciudadanos que hace a esa comunidad más genuina y mejora la justificación moral del ejercicio del poder político que realiza. [L]os derechos y responsabilidades que provienen de decisiones pasadas cuentan como derecho, no sólo cuando son explícitas en cuanto a estas decisiones, sino también cuando se siguen de principios morales individuales y políticos que las decisiones explícitas presuponen como justificación”²⁵⁷.

Pese al esfuerzo de Dworkin en formular la concepción del derecho como integridad, la distinción instrumental entre reglas y principios siguió siendo más fuerte e hizo olvidar la importancia de la idea de interpretación de una práctica social que tiene fines para los que fue establecida. Hace poco Dworkin ha vuelto a la carga. Esta vez para poner en claro que “lo importante [...] es sí y cómo la moral es relevante para decidir qué proposiciones acerca del derecho son verdaderas, no la forma en que etiquetamos los principios morales que consideramos relevantes”²⁵⁸. El desplazamiento de la discusión hacia cuestiones irrelevantes, tal como hemos visto en el apartado anterior, había sido resaltado por Dworkin hace ya casi cuarenta años intentando aclarar su punto. En 1977 Dworkin afirmó, “[m]i punto no era que ‘el derecho’ contiene un número fijo de estándares, alguno de los cuales son reglas y otros principios.

²⁵⁷ *ibid.*, pp. 95-6.

²⁵⁸ DWORKIN, *Justice In Robes*, pp. 4-5.

[...] Mi punto era en realidad que un resumen certero de las consideraciones que los abogados deben tener presente al decidir una cuestión particular acerca de derechos y deberes legales, deberían incluir proposiciones que tienen la forma y la fuerza de principios [...]. Nada en esto, creo, me compromete con una ontología jurídica que asume una teoría particular de individuación”²⁵⁹.

En *Justice in Robes* Dworkin reconstruye el argumento que comenzó a fines de los sesentas. Recordemos, en *Taking Rights Seriously* argumentó que el positivismo analítico distorsionaba lo que en la práctica hacían abogados y jueces en sistemas legales contemporáneos, entregando una explicación inadecuada de esas prácticas, en particular, que esa concepción no permite explicar el deber de los jueces de aplicar el derecho en aquellos casos en que los estándares normativos (las reglas) identificados según un estándar de pedigree (la regla de reconocimiento) no cubren el caso en cuestión. En *Law's Empire* ofreció una explicación de por qué los positivistas analíticos cometían ese error. A su juicio el problema se encontraba en que los positivistas analíticos asumían que todos los conceptos son categoriales y que el análisis adecuado del concepto doctrinal de derecho (el derecho que existe en un determinado lugar y está orientado a un fin) supone mostrar los criterios que los abogados comparten para decidir si las proposiciones acerca del derecho son verdaderas. Llamó a este error el aguijón semántico y ofreció como alternativa un análisis del derecho como un concepto interpretativo (“conceptos que nos

²⁵⁹ DWORKIN, *op. cit.* en n. 44, p. 76.

animan a reflexionar y contrastar lo que requiere una práctica que hemos construido”²⁶⁰).²⁶¹

Dworkin hace un último esfuerzo por replantear la cuestión que a su juicio es relevante y para ello utiliza conceptos de filosofía del lenguaje que cree mejorados. El verdadero problema del agujón semántico, dice, radica en “asumir que todos los conceptos dependen de una práctica lingüística convergente [...]: una práctica que delimita la extensión de los conceptos ya sea a través de criterios compartidos de aplicación o atachando el concepto a una clase natural determinada”²⁶².

Recientemente Scott Shapiro ha defendido una interpretación distinta de la defendida más arriba respecto de la evolución de la crítica de Dworkin al positivismo jurídico²⁶³. Según el argumento de Shapiro, el abandono de la distinción entre principios y reglas en el argumento de Dworkin se debe a la respuesta exitosa que los positivistas incluyentes y excluyentes dieron a la crítica dworkiniana desarrollada en *Taking Rights Seriously*²⁶⁴. Viendo frustrada

²⁶⁰ DWORKIN, *op. cit.* en n. 258, p. 10.

²⁶¹ *vid. ibid.*, p. 225.

²⁶² *ibid.*, pp. 225-6.

²⁶³ SHAPIRO, "The "Hart-Dworkin" debate: A short guide for the perplexed".

²⁶⁴ Según Shapiro el debate Hart-Dworkin no se refiere a la cuestión de si el derecho contiene tanto principios como reglas, “[e]sta no puede ser la cuestión en discusión porque nunca fue una cuestión debatida. Contrariamente a la interpretación de Dworkin, Hart nunca se comprometió, explícita o implícitamente, con el modelo de las reglas”, *ibid.*, p. 17. (La nota al pie ha sido removida. Énfasis en el original). Nótese que esta conclusión deriva de la consideración de Shapiro de que la respuesta de los positivistas incluyentes es exitosa. Por otra parte, Shapiro considera que es poco preciso considerar que el núcleo de la discusión gire en torno a la cuestión de la discreción judicial.

su crítica al positivismo jurídico, Dworkin –según Shapiro- habría cambiado el fundamento de su crítica para transformarla en una cuestión acerca de la naturaleza del derecho. La crítica reformulada de Dworkin, que según Shapiro representa un verdadero problema para los positivistas y que aún no ha sido contestada, consistiría en sostener que “el derecho no descansa exclusivamente en hechos sociales sino que está últimamente fundado tanto en consideraciones de moralidad política como de legitimidad institucional”²⁶⁵. Podemos estar de acuerdo con Shapiro en que esta es la cuestión central del argumento de Dworkin que no ha podido ser contestada por los positivistas. Sin embargo, su afirmación de que los positivistas incluyentes y excluyentes han logrado contestar de manera adecuada lo que sería la primera crítica de Dworkin parece demostrar la falta de comprensión por parte de los positivistas de la verdadera cuestión detrás de la crítica dworkiniana, que a mi juicio, y como he intentado mostrar en este trabajo, siempre ha sido la misma aunque ha adoptado distintas líneas argumentativas. La cuestión siempre se ha referido a la inclusión de conceptos morales en el derecho que vincularían a los jueces en la aplicación del derecho ahí donde el derecho establecido por los mecanismos procedimentales de creación parece no poder aplicarse directamente al caso concreto. En el siguiente apartado revisaré los riesgos que

Puesto que si bien, efectivamente Hart y Dworkin no estaban de acuerdo en esta materia, este desacuerdo es sólo derivativo, “ambas partes defienden posiciones distintas sobre la discreción judicial en atención a sus muy distintas teorías sobre la naturaleza del derecho”. *ibid.*, p. 17.

²⁶⁵ SHAPIRO, *op. cit.* en n. 263, p. 27.

se derivan de comprender que las respuestas de los positivistas incluyentes y excluyentes han sido exitosas.

4.4. Los riesgos de fundar una concepción del derecho en una distinción irrelevante.

Sabemos pues que el desafío de Dworkin al positivismo jurídico no ha sido contestado. Esta no será la oportunidad de contestarle. Me interesa en cambio mostrar los peligros que para la teoría del derecho han surgido en los últimos cuarenta años en los que se ha desarrollado la discusión entre incluyentes y excluyentes, en particular, los problemas que supone fundar una concepción del derecho en una distinción irrelevante o que sólo tuvo un fin puramente instrumental como fue la distinción lógica entre principios y reglas.

Que el derecho no puede ser interpretado como un sistema puro de reglas, en el sentido que pretende el positivismo analítico excluyente, porque se trata de una institución social en la que se deciden cosas relevantes que no pueden ser entendidas como decisiones que tienen lugar en instituciones autónomas, tales como los juegos, ha sido demostrado en detalle y contundentemente por Fernando Atria²⁶⁶. En este sentido, entender que el derecho es un conjunto de reglas como razones exclusionarias no permite que el juez resuelva un caso determinado atendiendo sus particularidades. Atria muestra que es posible e importante distinguir entre “determinar el contenido de

²⁶⁶ Véase, ATRIA, *On Law and Legal Reasoning*.

una norma [y] establecer como debería aplicarse: una norma puede ser más o menos formal(mente aplicada)²⁶⁷. La cuestión de cómo ha de aplicarse una norma jurídica no es una cuestión que esté determinada según el tipo de estándar jurídico de que se trate sino que será el adjudicador quien deberá determinar si la norma ha de aplicarse de modo más o menos formal²⁶⁸ teniendo en consideración el caso particular. Por estas razones Atria considera que la distinción entre reglas y principios “no es una clasificación de normas jurídicas, sino una tipología de razonamiento jurídico: quien debe tomar una decisión tiene un conjunto de normas jurídicas, y la pregunta acerca de si son reglas o principios es una pregunta jurídica de primer-orden que no puede ser contestada por una teoría del derecho, sino por una pretensión jurídica de primer-orden”²⁶⁹. De lo contrario, considerar que el derecho está compuesto exclusivamente de reglas entendidas como razones exclusionarias resolvería todos los problemas de aplicación del derecho puesto que ya estaría determinada la forma en que dichas normas han de aplicarse: como reglas²⁷⁰.

Por otra parte, los argumentos dados por los excluyentes en su disputa con Dworkin han mostrado que en lugar de contestar las críticas sólo han acentuado los problemas que según el primero adolecía la versión original del positivismo hartiano²⁷¹, y han olvidado la parte importante de los propósitos que

²⁶⁷ *ibid.*, p. 95.

²⁶⁸ *ibid.*, p. 97.

²⁶⁹ *ibid.*, p. 98.

²⁷⁰ *ibid.*, pp. 98-100.

²⁷¹ Véase para una opinión contraria, SHAPIRO, *op. cit.* en n. 263.

tenía la concepción del derecho de Hart. La primera de estas cuestiones se hace evidente al recordar que la crítica contra el positivismo jurídico desarrollada por Dworkin ha buscado mostrar lo importante que es entender el derecho como un concepto interpretativo que frente a cualquier problema de aplicación limita la discreción en sentido fuerte del juez (provee de una respuesta correcta). Si los positivistas excluyentes entienden que las normas jurídicas están exclusivamente determinadas conforme a la tesis de las fuentes sociales, el juez sigue teniendo discreción en sentido fuerte. Si por el contrario, los mismos intentan ajustar la tesis de las fuentes a efectos de morigerar la consideración de las reglas como razones excluyentes y permitir la remisión (de las fuentes) a la moral, traicionan uno de los objetivos de Hart: evitar el escepticismo ante las reglas.

Los incluyentes por su parte, parecen haberse rendido ante las objeciones de Dworkin. La única posibilidad de seguir considerándose positivistas radica en poder imaginar la viabilidad de un sistema en el que la moral no tenga relevancia. Si esta es su pretensión de seguir siendo positivistas, su tesis es estipulativamente correcta y poco interesante²⁷².

Existe otro riesgo, que no consiste ya en desconocer que el derecho es una institución dependiente, sino en sobredimensionar lo que eso significa, en creer que el derecho es un instrumento de solución de necesidades sociales que pueden ser decididas y definidas según el lenguaje de los derechos, esto

²⁷² Véase ATRIA, *op. cit.* en n. 81, pp. 97-8.

es, asignando o reconociendo titularidades. Este riesgo se encuentra en aquellas concepciones del derecho que reconocieron una importancia exagerada a los principios jurídicos dworkinianos.

En grandes rasgos, según estas teorías, el contenido substantivo de las constituciones modernas está contenido en principios jurídicos. De esta forma, si la constitución es la norma fundamental superior y sus normas representan estándares jurídicos ejecutables, se requiere una nueva teoría del derecho que permita resolver conflictos entre estos estándares normativos que además, se nos dice, asegure el pluralismo de nuestras sociedades. A juicio de Luis Prieto Sanchís, los rasgos más sobresalientes de esta nueva teoría del derecho son:

“[M]ás principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo a las sucesivas opciones legislativas”²⁷³.

No creo necesario criticar el subjetivismo implícito en la actividad de ponderación, porque ese problema puede ser resuelto en base a algún criterio de racionalidad argumental al que se someta a los jueces.

Sí quiero destacar cómo al estar fundada en una distinción irrelevante, esta teoría del derecho termina entregando aquello que vino a defender: (i) al

²⁷³ PRIETO SANCHÍS, Neoconstitucionalismo y ponderación judicial, pp. 131-2.

no existir derechos previos al acto de ponderación, se han vuelto escépticos; y (ii) al entregar la creación del derecho a los jueces, los han transformado, tal como Fernando Atria nos ha advertido, en activistas disfrazados de jueces, aquellos que en lugar de preguntarse si es correcto aplicar la ley al caso que tienen en frente, se preguntan “si la decisión del caso particular, considerando todas las cosas, es substantivamente justa (o protege los derechos de los involucrados, según estos son entendidos por el juez)”²⁷⁴. Así, “el juez no está obligado por la ley sino cuando la ley le parece justa (de acuerdo con la constitución y los derechos), lo que quiere decir: el juez no está obligado por la ley”²⁷⁵. En otras palabras, esta teoría del derecho que concede un rol preponderante a los principios jurídicos implica entregar a los jueces nuestra capacidad de autogobierno y no sé si hay algo más peligroso que esto para nuestras democracias y el pluralismo, por más débiles que las primeras sean y en desarrollo el último se encuentre.

A modo de conclusión, la distinción entre reglas y principios no sólo hizo perder cuarenta años a los positivistas analíticos, sino que de pasada les hizo olvidar los valores por los cuales nació el positivismo como teoría del derecho, y para Dworkin, se transformó en un verdadero boomerang que ahora, cuarenta años después, es la mejor arma de escépticos, que no creen que haya derecho más allá de lo que los tribunales dicen, y para pragmáticos, que ven en los

²⁷⁴ ATRIA: "Independencia y organización judicial".

²⁷⁵ *ibid.* Véase también ATRIA: "Jurisdicción e independencia judicial: el poder judicial como poder nulo".

principios jurídicos la mejor forma de intentar asegurar sus fines económicos, políticos o sociales, cualquiera que estos sean.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES

Revisada la crítica de Dworkin al positivismo jurídico de Hart y las respuestas que los positivistas dieron a la misma, podemos obtener dos conclusiones, una más evidente que la otra.

En primer lugar queda claro que los positivistas no han sido capaces de responder el objeto central de la crítica dworkiniana, esto es, la insuficiencia de la tesis por ellos defendida para explicar la obligación de los jueces por aplicar (y encontrar en aquellos casos en que no existe una respuesta evidente) el derecho vigente en una comunidad determinada. Dworkin puede responder hoy a los positivistas lo mismo que el señor Castor le responde a la analítica Susana en lo más álgido de la lucha entre el bien y el mal, en “El león, la bruja y el ropero”, cuando le muestra la importancia de que ellos aparezcan en su mundo y ella objeta que la metáfora no rima: *“You are just missing the point”*.

En segundo lugar, y creo que esta conclusión es más relevante que la anterior, la discusión entre el positivismo y Dworkin no sólo no ha resuelto la objeción inicial sino que además ha generado un nuevo problema. Este problema radica en que la teoría del derecho en lugar de avanzar en la respuesta de la pregunta que motiva su actividad, i.e. qué es el derecho, ha retrocedido en todo aquello que el positivismo jurídico aportó para explicar el

derecho moderno, para mostrarlo como una expresión del autogobierno democrático.

El aporte que este trabajo pretende realizar radica precisamente en mostrar que el desafío actual para aquellos que se dedican o tienen interés en la teoría del derecho está en rescatar ese ideal político que motivó originalmente al positivismo jurídico. En esta dirección es necesario destacar el trabajo que están realizando autores como Tom Campbell²⁷⁶ y Fernando Atria²⁷⁷. Por el contrario, seguir con la discusión en los términos actuales implica para la teoría del derecho consolidar la amenaza de transformarse en una actividad irrelevante frente a los actuales temas que nos preocupan como sociedades modernas.

Este trabajo ha tenido en consideración las principales obras publicadas hasta el momento. La discusión ha seguido creciendo y un problema para hacer un análisis definitivo del estado actual de la cuestión es precisamente la cantidad de trabajos que continuamente se están elaborando en la materia. A pesar de no poder abarcar todos estos trabajos en el análisis aquí desarrollado, es posible observar que las tendencias actuales en la discusión están orientadas a las cuestiones ya señaladas.

A modo de conclusión general, creo que nada provechoso puede sacarse de la discusión a menos que uno entienda que todo esto ha servido para mostrar los riesgos a los que puede llevar una discusión que sólo mira al

²⁷⁶ Campbell, *The Legal Theory of Ethical Positivism*.

²⁷⁷ Atria, *op. cit.* en n. 81 y n. 274.

derecho como objeto de estudio aislado y olvida sus importantes vínculos con otras formas de convivencia social y en particular, con la política. Los teóricos del derecho deberían enfocar sus futuros trabajos en el rescate de estas cuestiones relevantes y en mostrar la importancia que implica mirar al derecho como una manifestación institucional del ideal democrático del autogobierno.

BIBLIOGRAFÍA

1. AARNIO, A. 1997. Las reglas en serio. En: La Normatividad del Derecho. Barcelona, Gedisa. pp. 17-35.
2. ALEXY, R. 1997. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. 607 p.
3. ALEXY, R. 2004. El Concepto y la Validez del Derecho. Barcelona, Gedisa. 208 p.
4. ATRIA, F. 2002. On Law and Legal Reasoning. Oxford, Hart Publishing. 239 p.
5. ATRIA, F. 2004. La ironía del positivismo jurídico, Doxa 27: pp. 81-139.
6. ATRIA, F. 2005. Jurisdicción e independencia judicial: el poder judicial como poder nulo, Revista de Estudios de la Justicia 5: pp. 119-141.
7. ATRIA, F. 2006. Independencia y organización judicial. En: La judicatura como organización. 7 de septiembre de 2006. Santiago, Chile. EXPANSIVA-CEP.
8. AUSTIN, J. 1832. The province of jurisprudence determined. London, John Murray. 391 p.
9. BARROS, E. 1984. Reglas y principios en el derecho, Anuario de Filosofía del Derecho 3: pp. 269-281.

10. BASCUÑÁN R., A. 1998. El principio de la distribución de competencia como criterio de solución de conflictos de normas jurídicas, *Revista Chilena de Derecho* Número especial: pp. 33-44.
11. BOBBIO, N. 1991. *Teoría General del Derecho*. Madrid, Debate. 278 p.
12. BRATMAN, M. 1992. Shared cooperative activity, *Philosophical Review* 101 (2): pp. 327-341.
13. BRATMAN, M. 1993. Shared intention, *Ethics* 104: pp. 97-113.
14. CAMPBELL, T. 1996. *The Legal Theory of Ethical Positivism*. Aldershot, Dartmouth. 286 p.
15. CARRIÓ, G. 1990. Principios jurídicos y positivismo jurídico. En: *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. Buenos Aires, Abeledo Perrot. pp. 197-234.
16. COHEN, M. 1984. *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*. Totowa, N.J, Rowman & Allanheld. 304 p.
17. COLEMAN, J. L. 1984. Negative and positive positivism. En: *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*. London, Duckworth. pp. 28-48.
18. COLEMAN, J. L. 2000. Constraints on the criteria of legality, *Legal Theory* 6: pp. 171-183.
19. COLEMAN, J. L. 2001a. Incorporationism, conventionality, and the practical difference thesis. En: *Hart's Postscript*. Oxford-New York, Oxford University Press. pp. 99-147.

20. COLEMAN, J. L. 2001b. The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory. Oxford, New York, Oxford University Press. 226 p.
21. DE PARAMO, J. R. 1984. H.L.A. Hart y la Teoría Analítica del Derecho. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. 470 p.
22. DWORKIN, R. 1967. The model of rules, University of Chicago Law Review 35: pp. 14-46.
23. DWORKIN, R. 1968. Is law a system of rules? En: Essays in Legal Philosophy. Blackwell. pp. 25-60.
24. DWORKIN, R. 1977a. Is law a system of rules? En: The Philosophy of Law (Oxford Readings in Philosophy). Oxford, Oxford University Press. pp. 38-65.
25. DWORKIN, R. 1977b. Taking Rights Seriously. Cambridge, Harvard University Press. 293 p.
26. DWORKIN, R. 1977c. The model of rules I. En: Taking Rights Seriously. Cambridge, Harvard University Press. pp. 14-45.
27. DWORKIN, R. 1986. Law's Empire. Cambridge, Mass, Belknap Press. 470 p.
28. DWORKIN, R. 2004. Hart's postscript and the character of political philosophy, Oxford Journal of Legal Studies 24 (1): pp. 1-37.

29. DWORKIN, R. 2006. Justice In Robes. Cambridge, Mass, Belknap Press. 308 p.
30. GUEST, S. 1991. Ronald Dworkin. Stanford, California, Stanford University Press. 320 p.
31. HART, H. L. A. 1963. El Concepto de Derecho. Buenos Aires, Abeledo - Perrot. 332 p.
32. HART, H. L. A. 1994. The Concept of Law. Oxford New York, Clarendon Press Oxford University Press. 315 p.
33. HIMMA, K. E. 2001. Inclusive legal positivism. En: The Oxford Handbook of Jurisprudence and Legal Philosophy. Oxford, Oxford University Press. pp. 125-165.
34. HOHFELD, W. N. 1992. Conceptos Jurídicos Fundamentales. México, Fontamara. 91 p.
35. KELSEN, H. 2000. Teoría Pura del Derecho. México, Editorial Porrúa. 364 p.
36. KRAMER, M. 1999. In Defense of Legal Positivism. Law Without Trimmings. New York, Oxford University Press. 313 p.
37. KRAMER, M. H. 2000. How moral principles can enter into the law, Legal Theory 6: pp. 83-108.
38. LACEY, N. 2006. A Life of H. L. A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream. Oxford, Oxford University Press. 456 p.

39. LEITER, B. 2003. Beyond the Hart/Dworkin debate: The methodology problem in jurisprudence, *American Journal of Jurisprudence* 48: pp. 17-51.
40. LEITER, B. 2007. Explaining theoretical disagreement. [en línea] <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1004768#PaperDownload>
41. LYONS, D. 1984. *Morals aspects of legal theory*. En: Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence. London, Duckworth. pp. 49-69.
42. MACCORMICK, N. 1978. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford, New York, Clarendon Press Oxford University Press. 298 p.
43. MACCORMICK, N. 1981. *H.L.A. Hart*. Stanford, California, Stanford University Press. 184 p.
44. MARMOR, A. 2001. *Positive Law and Objective Values*. Oxford, New York, Oxford University Press. 188 p.
45. MARMOR, A. 2002. Exclusive legal positivism. En: *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*. Oxford, New York, Oxford University Press. pp. 104-124.
46. MORESO, J. J. 2001. In defense of inclusive legal positivism. En: *The Legal Ought*. Torino, G. Giappichelli Editore. pp. 37-63.
47. MORESO, J. J. 2002. En defensa del positivismo jurídico inclusivo. En: *La Relevancia del Derecho*. Barcelona, Gedisa. pp. 93-116.

48. MORESO, J. J. 2005. A brilliant disguise: entre fuentes y lagunas. En: Lagunas en el Derecho. Madrid-Barcelona, Marcial Pons. pp. 185-203.
49. MORESO, J. J. y VILAJOSANA, J. M. 2004. Introducción a la Teoría del Derecho. Madrid-Barcelona, Marcial Pons. 221 p.
50. NINO, C. 1980. Introducción al Análisis del Derecho. Buenos Aires, Astrea. 417 p.
51. PALOMBELLA, G. 1999. Filosofía del Derecho. Moderna y Contemporánea. Madrid, Tecnos. 297 p.
52. PRIETO SANCHÍS, L. 2003. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. En: Neoconstitucionalismo(s). Madrid, Trotta. pp. 123-158.
53. RAWLS, J. 1999. A Theory of Justice. Cambridge, Belknap Press. 538 p.
54. RAZ, J. 1972. Legal principles and the limits of law, The Yale Law Journal 81: pp. 823-854.
55. RAZ, J. 1979. The Authority of Law. Essays in Law and Morality. New York, Oxford University Press. 292 p.
56. RAZ, J. 1984. Legal principles and the limits of the law. En: Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence. London, Duckworth. pp. 73-87.
57. RAZ, J. 1994. Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics. New York, Oxford University Press. 364 p.

58. RAZ, J. 1999. Practical Reasons and Norms. New York, Oxford University Press. 224 p.
59. RAZ, J. 2001. La Ética en el Ámbito Público. Barcelona, Gedisa. 442 p.
60. RUIZ MANERO, J. 1990. Jurisdicción y Normas. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. 205 p.
61. SAFFIE, F. 2005. Reglas, principios y positivismo ético, Revista Derecho y Humanidades 11: pp. 383-392.
62. SEARLE, J. R. 1997. La Construcción de la Realidad Social. Barcelona, Paidós Básica. 236 p.
63. SHAPIRO, S. 2001. On Hart's way out. En: Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law. Oxford, Oxford University Press. pp. 149-191.
64. SHAPIRO, S. 2007. The "Hart-Dworkin" debate: A short guide for the perplexed. [en línea] <<http://ssrn.com/abstract=968657>> [Agosto 2007].
65. SOPER, P. 1984. Legal theory and the obligation of a judge: the Hart/Dworkin dispute. En: Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence. London, Duckworth. pp. 3-27.
66. TOLONEN, H. 1991. Reglas, principios y fines: la interrelación entre derecho, moral y política. En: La Normatividad del Derecho. Barcelona, Gedisa. pp. 65-85.

67. VODANOVIC, A. 1992. Manual de Derecho Civil. Partes Preliminar y General. Tomo Segundo. Santiago, Editorial Jurídica Conosur Ltda. 402 p.
68. WALUCHOW, W. 1994. Inclusive Legal Positivism. New York, Oxford University Press. 290 p.
69. WITTGENSTEIN, L. 2001. Los Cuadernos Azul y Marrón. Madrid, Tecnos. 230 p.
70. WITTGENSTEIN, L. 2002. Investigaciones Filosóficas. Barcelona, Unam/Critica. 547 p.