

CAPÍTULO CUARTO  
EL REFINAMIENTO DEL *INCLUSIVE LEGAL POSITIVISM* (I).  
LA PROLONGACIÓN DEL DEBATE CON EL *EXCLUSIVE LEGAL  
POSITIVISM*

I. La continuación del debate en torno a la autoridad del derecho . . . . .	174
1. El debate sobre la respuesta de Waluchow . . . . .	174
2. El debate sobre el argumento de la compatibilidad de Coleman. . . . .	186
3. Críticas y adaptaciones de la tesis raziana de la autoridad. . . . .	200
II. El debate en torno a la <i>practical difference thesis</i> de Shapiro . . . . .	208
1. Exposición de la tesis . . . . .	209
2. Las respuestas incluyentes . . . . .	216
3. La contrarréplica de Shapiro . . . . .	234
4. El alegato final de Kramer . . . . .	246
III. El debate sobre el desafío de la carta . . . . .	250
1. El <i>inclusive legal positivism</i> y las cartas constitucionales de derechos. . . . .	251
2. La explicación excluyente de las cartas constitucionales que remiten a la moral . . . . .	254
3. Críticas a la explicación excluyente . . . . .	258
4. La respuesta excluyente . . . . .	263
5. Las dudas sobre el alcance práctico del debate . . . . .	269
IV. La continuación del debate en torno a la tesis de la convencionalidad . . . . .	272
1. Críticas a la versión inicial de Coleman de la tesis de la convencionalidad. . . . .	274
2. Defensas de la tesis de la convencionalidad incorporacionista . . . . .	277

V. Otros debates . . . . .	285
1. La continuación del debate en torno al argumento de la función del derecho . . . . .	286
2. La continuación del debate en torno al argumento del po- der explicativo . . . . .	287
3. La continuación del debate en torno a los argumentos de la conexión institucional y la discrecionalidad judicial . . . .	288
4. La continuación del debate en torno al argumento de la controversia . . . . .	289
5. La contrarréplica de Kramer . . . . .	290

## CAPÍTULO CUARTO

### EL REFINAMIENTO DEL *INCLUSIVE LEGAL POSITIVISM* (I). LA PROLONGACIÓN DEL DEBATE CON EL *EXCLUSIVE LEGAL POSITIVISM*

Hasta aquí se ha descrito el contexto que propició el surgimiento del ILP, se ha analizado su consolidación como teoría y se han detallado sus principales versiones. En los siguientes capítulos se observará cómo la continuación de su polémica contra el ELP y contra la teoría del derecho de Dworkin, junto con el debate entre sus distintas versiones, han ido produciendo un refinamiento de sus argumentos.

Consolidado el ILP como teoría, muchos autores positivistas han considerado que debían optar entre esta teoría y el ELP. Ello ha dado lugar a una ampliación y refinamiento de los argumentos y a una renovación del debate entre estas versiones del positivismo jurídico. Distintos autores excluyentes retoman el argumento de la autoridad de Raz, lo renuevan y profundizan, exigiendo al ILP nuevas respuestas que puedan demostrar su capacidad para explicar la autoridad del derecho. Estas nuevas críticas al ILP generan múltiples defensas que irán delineando las diferentes versiones del positivismo incluyente.

Además de las réplicas relacionadas con el argumento de la autoridad, surgen otros argumentos propuestos por diferentes autores excluyentes en defensa del ELP. Un ejemplo de esto es la defensa que presentan al desafío que supone el contraste de esta teoría con los sistemas constitucionales modernos. En este caso, el ELP busca demostrar que es capaz de ofrecer una teoría jurídica compatible con las modernas Constituciones, y hasta se llega a sostener que es la teoría más adecuada para explicar este fenómeno.

A continuación se observará cómo estas cuestiones debatidas entre el ILP y el ELP van desarrollando los argumentos incluyentes y delineando las diferencias que existen entre las distintas versiones del ILP.

## I. LA CONTINUACIÓN DEL DEBATE EN TORNO A LA AUTORIDAD DEL DERECHO

A continuación se presentarán tres grupos de discusiones en torno a la capacidad del ILP para explicar la autoridad del derecho. Por un lado, se expondrán algunas críticas a las defensas incluyentes propuestas tanto por Waluchow, como por Coleman, así como las respuestas a estas nuevas críticas excluyentes. Por el otro, se estudiarán algunos argumentos incluyentes para rechazar la tesis raziana de la autoridad.

### 1. *El debate sobre la respuesta de Waluchow*

Como ya se ha expuesto, Raz sostiene que para el derecho es imprescindible su pretensión de autoridad. Según Raz, para que un sistema jurídico sea capaz de tener autoridad, sus directivas deben pretender funcionar y ser ampliamente aceptadas como si fuesen razones excluyentes para la acción.<sup>577</sup> Es decir, las directivas deben funcionar en los razonamientos prácticos no sólo como razones para hacer o dejar de hacer las acciones que regulan, sino también como razones para dejar de actuar por otras razones que de otro modo serían relevantes. Para aclarar esta idea, Raz presenta, como se vio, un ejemplo de un caso de arbitraje.<sup>578</sup> Con ello, busca probar que las personas sujetas a una autoridad sólo se pueden beneficiar de sus decisiones si pueden establecer su existencia y su contenido de forma tal que éstas no dependan de las cuestiones que la misma autoridad busca resolver.<sup>579</sup> A partir de este argumento, Raz pretende defender su positivismo excluyente. Para él, todas las teorías del derecho que no sean excluyentes rechazan la naturaleza autoritativa del derecho al requerir —los iusnaturalistas— o permitir —los ILP— la referencia a razones controvertidas para identificar el derecho.<sup>580</sup>

Dare publicó (1997) un trabajo dedicado a mostrar que el *inclusive legal positivism* de Waluchow es incapaz de explicar la autoridad del derecho.<sup>581</sup>

<sup>577</sup> Cfr. Raz, J., *Razón práctica y normas*, cit., nota 121, p. 71.

<sup>578</sup> Cfr. *EAP*, p. 229.

<sup>579</sup> *Ibidem* p. 230.

<sup>580</sup> *Ibidem* pp. 221 y 222, y 244-249.

<sup>581</sup> Cfr. Dare, T., "Wilfrid Waluchow and the Argument from Authority", *Oxford Journal of Legal Studies*, 17, núm 2, 1997, pp. 347-366.

Años más tarde, Leiter<sup>582</sup> y Marmor<sup>583</sup> se han ocupado de forma más general de todos los argumentos presentados por los positivistas incluyentes contra el argumento de la autoridad esgrimido por Raz.

Los autores que critican las defensas incluyentes ofrecidas por Waluchow contra el argumento de Raz observan que Waluchow presenta al menos cuatro argumentos para fundamentar su defensa. Este autor comienza sus críticas al argumento de la autoridad de Raz distinguiendo entre la autoridad teórica y la autoridad práctica. Según Dare, con esta distinción Waluchow pretende demostrar que por lo menos algunas formas de autoridad no emiten directivas que reemplacen necesariamente otro tipo de razones. Por ejemplo, Waluchow observa que si Einstein piensa que una proposición física “p” es cierta, ésta parece ser una razón suficiente para que alguien que ignora la física tome esta proposición como verdadera. No obstante, este tipo de directivas teóricas no parece dar razones excluyentes de otras razones. Si esto es cierto, se concluye que no hay nada en la naturaleza de la autoridad que requiera que las directivas con autoridad excluyan a todo otro tipo de razones.<sup>584</sup>

Por diferentes razones, Dare tiene sus reservas sobre la distinción entre autoridad teórica y práctica propuesta por Waluchow y sus consecuencias sobre el argumento de la autoridad. En primer lugar, porque al menos a veces parece que tratamos los pronunciamientos teóricos como si nos dieran razones reemplazantes para creer en ellos.<sup>585</sup> Así, por ejemplo, la luna parece más grande que Júpiter. No obstante, creemos a los astrónomos cuando nos dicen lo contrario y tratamos sus juicios como reemplazantes de otras razones como pueden ser las derivadas de nuestro sentido de la vista.<sup>586</sup> De esta forma, Dare sostiene que si se observa el papel de las directivas teóricas en el balance de razones, su peso frente a otras razones refleja la pericia de su proponente y puede ser que fenomenológicamente funcionen como directivas reemplazantes. Por ejemplo, de hecho cuando Einstein dice “p”, creemos en “p”. En definitiva, Dare

582 Cfr. Leiter, B., “Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis”, en Coleman, J., *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, cit., nota 576, pp. 355-370.

583 Cfr. Marmor, A., *Positive Law and Objective Values*, Oxford, Clarendon Press, 2001.

584 Cfr. *ILP*, pp. 130 y 131.

585 Cfr. Dare, T., “Wilfrid Waluchow and the Argument from Authority”, *Oxford Journal of Legal Studies*, cit., nota 581, p. 353.

586 *Ibidem*, p. 354.

sugiere “meramente que la distinción entre autoridad teórica y práctica puede no ser tan problemática para el argumento de la autoridad como Waluchow y otros indican”.<sup>587</sup>

Por otro lado, Waluchow reconoce que si se encuentra obligado a decidir, por ejemplo, entre “p” y “no p” y tiene razones para desconfiar de su visión sobre esta cuestión, por ejemplo, por no saber nada de física, tratará la creencia de Einstein en “p” como excluyente. Para Dare, con esta afirmación Waluchow sugiere que el hecho de estar obligado a decidir puede justificar que se trate a una directiva como reemplazante a pesar de que nada en su naturaleza le otorgue ese estatus. A juicio de Dare, Waluchow matiza de esta manera su afirmación de que las directivas de las autoridades prácticas no son excluyentes. Si bien Waluchow no profundiza en esto, Dare busca mostrar que ello implica la ruina de sus conclusiones.<sup>588</sup>

Para Dare, Waluchow pretende que la conclusión observada sobre las directivas teóricas no se limite a este tipo de autoridad; es decir, que no hay razón para pensar que aceptar la autoridad práctica del derecho implica necesariamente que debemos excluir todas las otras razones dependientes, morales o de otro tipo. El problema aparece cuando uno se plantea la posibilidad de que una característica distintiva de las directivas jurídicas sea el hecho de que operan en situaciones en las que estamos obligados a decidir. Si esto es correcto, a juicio de Dare, apelar a la distinción entre autoridad teórica y práctica por sí misma no nos lleva muy lejos. De hecho, “siguiendo el razonamiento que está detrás de la advertencia de Waluchow, deberíamos concluir que las directivas jurídicas están entre la clase de directivas que debemos tratar como reemplazantes”.<sup>589</sup>

Otra respuesta argüida por Waluchow contra el argumento de la autoridad de Raz se basa, como vimos, en una crítica al ejemplo del árbitro propuesto por Raz. Waluchow afirma que Raz presenta la función del árbitro como el encargado de resolver disputas que de otro modo no podrían ser resueltas. Para Waluchow ésta no es necesariamente su única función. Con el objetivo de justificar esta afirmación, propone dos ejemplos en los que un árbitro puede decidir con una directiva que no es reemplazante. Así, un árbitro puede (i) suspender temporalmente el pro-

587 *Ibidem*, p. 355.

588 *Idem*.

589 *Ibidem*, p. 356.

cedimiento arbitral dando a los disputantes una oportunidad adicional para resolver la cuestión entre ellos; o (ii) tomar una decisión cuya interpretación requiere una apelación parcial a alguna razón dependiente de la contienda.<sup>590</sup>

Dare considera que ninguna de estas estrategias es concluyente. Por un lado, la estrategia del receso no parece proveer un ejemplo válido contra el modelo de arbitraje presentado por Raz. Esta estrategia no sirve, no porque se suspenda el arbitraje o el poder del árbitro para dictar una directiva autoritativa —como sugiere Waluchow— sino porque lo que se suspende no es el poder del árbitro sino el ejercicio de dicho poder. En definitiva, para Dare, este no puede ser un ejemplo válido contra la propuesta de Raz porque en este caso no hay una directiva autoritativa que deba ser identificada.<sup>591</sup> Por otro lado, el problema de la estrategia de la decisión parcial es el modo en que se emplea la palabra “parcial”, ya que parece utilizarse con más de un sentido. Con “parcial” se puede hacer referencia al alcance de una decisión. Es decir, se puede hacer referencia a que ésta no resuelve todas las cuestiones en disputa. No obstante, con la palabra “parcial” también se puede hacer referencia a la naturaleza autoritativa de las directivas. El problema es que si Waluchow utiliza este término para hacer referencia al alcance de una directiva, está claro que en este caso no es necesaria la apelación a razones disputadas. Por otra parte, si Waluchow pretende hacer referencia a la naturaleza autoritativa de las directivas, no parece justificar esta afirmación. En consecuencia, el ejemplo de Waluchow no parece aportar ningún argumento sólido.<sup>592</sup>

Un tercer argumento de Waluchow sostiene que puede haber disputas sobre un grupo de razones sin que haya disputa sobre las razones morales relevantes. Es decir, que el grupo de razones morales puede no ser idéntico al grupo de razones dependientes bajo disputa. Según Dare, si Waluchow tiene razón, incluso si existe un límite conceptual que muestre que debemos identificar e interpretar las normas autoritativas sin apelar a razones disputadas, ello no demuestra que no se pueda apelar a razones morales. Ello se debe a que este argumento afirma que no se puede apelar a cuestiones bajo disputa, y el argumento de Waluchow sostiene

<sup>590</sup> *Ibidem*, p. 357 y *ILP*, pp. 132-134.

<sup>591</sup> *Cfr.* Dare, T., “Wilfrid Waluchow and the Argument from Authority”, *Oxford Journal of Legal Studies*, *cit.*, nota 581, p. 358.

<sup>592</sup> *Ibidem*, pp. 358 y 359.

que las razones morales pueden no ser disputadas. No obstante, para Dare, este argumento no complica la crítica de Raz basada en la autoridad del derecho.<sup>593</sup> Para demostrar esto, Dare propone un ejemplo de un caso de discriminación por edad. En él, los litigantes están de acuerdo en que la contienda debe resolverse apelando al principio moral de la igualdad, aunque no están de acuerdo en si la disputa sólo debe resolverse con referencia a la igualdad o también con referencia a otros principios. Para Dare, al igual que en este caso, si bien las partes pueden estar de acuerdo con respecto a un principio, tal consenso no bastará si se deja sin resolver cómo se relaciona este principio con otros principios. En tales casos es precisamente esto lo que realmente importa.<sup>594</sup>

Leiter ha terciado en esta discusión. En efecto, para Leiter, aunque sea cierto que el grupo de razones morales puede no ser idéntico al grupo de razones dependientes bajo disputa, ello no prueba mucho. Según Leiter, basta con que en un solo caso las razones dependientes sean las mismas que las razones morales requeridas para identificar el derecho, para que el ILP no pueda ser compatible con la autoridad del derecho. El hecho de que existan algunos casos en los que las razones morales sean diferentes de las razones dependientes es irrelevante.

Además, para este autor, si las razones morales son siempre primordiales en el razonamiento práctico —visión aceptada, de hecho, por la mayoría de los moralistas— entonces las razones morales siempre estarán entre las razones dependientes para cualquier directiva autoritativa. Por lo tanto, si la identificación de esas directivas requiere recurrir a razones morales, no se podrán obtener las precondiciones para la autoridad.<sup>595</sup>

Más adelante, Waluchow observa cómo las Constituciones contienen derechos morales que sirven como criterios de validez para el derecho, y cómo estos derechos morales no tienen relación con las razones disputadas. Por esto, para Waluchow el ILP no puede ser refutado sólo porque admite que la identificación de las directivas jurídicas válidas pueda depender de consideraciones de peso.<sup>596</sup>

<sup>593</sup> *Ibidem*, p. 359.

<sup>594</sup> *Idem*.

<sup>595</sup> Leiter, B., “Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis”, en Coleman, J., *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, cit., nota 576, p. 364.

<sup>596</sup> Cfr. Dare, T., “Wilfrid Waluchow and the Argument from Authority”, *Oxford Journal of Legal Studies*, cit., nota 581, p. 360.



Contra esta afirmación, Dare sostiene que en realidad la Constitución no nos invita a apelar a un grupo de valores morales sustantivos. “En cambio, nos dice que la comunidad cree que los valores nombrados en ella son importantes e invita a los tribunales a especificar, por medio de directivas autoritativas, lo que esos valores necesitan en este o aquel caso”.<sup>597</sup> De hecho, para Dare, si interpretamos este tipo de directivas de los jueces como si apelaran a valores morales en sí mismos, estaríamos apelando a las mismas cuestiones que las directivas de los jueces buscan resolver o poner fin.<sup>598</sup>

La última crítica de Waluchow al argumento de la autoridad del derecho se basa en un argumento de Perry. Perry acepta la observación de Raz de que hay dos órdenes de razones prácticas —las de primer y las de segundo orden—, pero en su opinión la visión de la autoridad de Raz es demasiado estrecha. Por ello, ofrece una alternativa a la misma, que sugiere que una directiva autoritativa provee una razón de segundo orden, pero este tipo de razón no es una razón excluyente —como propone Raz—, sino que es una razón para tratar a una razón de primer orden como si tuviera un mayor o menor peso que el que ordinariamente recibe. Así, una razón excluyente es simplemente el caso especial donde una o más razones de primer orden son tratadas como si no tuvieran ningún peso.<sup>599</sup>

La réplica a la tesis de Perry es que, si esto es correcto, reconocer la autoridad de las decisiones judiciales y las directivas legislativas no requiere concebirlas como si proveyeran razones reemplazantes para la acción —cuestión que Waluchow no parece haber probado—. Para Dare, el argumento de Perry no puede promover una crítica más de Waluchow al argumento de la autoridad. Ello se debe a que el argumento de Perry descansa sobre la negación de que exista un límite conceptual que muestre que debemos identificar e interpretar las normas autoritativas sin apelar a razones disputadas. Si Raz tiene razón en afirmar que el concepto de autoridad requiere que las directivas autoritativas estén sujetas a esta limitación, el modelo propuesto por Perry ni siquiera logra comenzar. Así, Waluchow no puede tomar el argumento de Perry como una razón más para rechazar la tesis de la autoridad. Es una razón sólo si uno acepta otros argumentos que se dan para lograr derrotar el argumento de la

<sup>597</sup> *Ibidem*, p. 364.

<sup>598</sup> *Idem*.

<sup>599</sup> *Cfr.* Perry, S., “Judicial Obligation, Precedent and the Common Law”, *cit.*, nota 461, p. 223.

autoridad. Sin necesidad de valorar la teoría de Perry, Dare concluye que si los argumentos anteriores que sostiene Waluchow no tienen éxito en cambiar el límite conceptual aceptado, entonces el modelo de Perry no logra llevarnos demasiado lejos.<sup>600</sup>

A diferencia de Dare, Leiter decide analizar la crítica de Perry adoptada por Waluchow contra la teoría de la autoridad de Raz. No obstante, coincide con Dare en que la pregunta relevante que plantea la teoría de Perry es si resulta central para el concepto de autoridad que toda directiva autoritativa excluya la posibilidad de que se consideren las razones dependientes. Para adentrarse en esta cuestión, Leiter observa un ejemplo propuesto tanto por Perry como por Waluchow. Según estos autores, que un precedente sea revocado por un tribunal, no necesariamente implica que ese tribunal no haya tratado ese precedente como autoritativo. Si bien según el concepto de autoridad de Raz, este tribunal no trató el precedente como autoritativo, ya que no trató la decisión del tribunal anterior como una razón excluyente para decidir un caso; para Perry y Waluchow que una directiva sea autoritativa implica solamente que esa razón sea tratada con más peso que lo normal. Así, en este caso se puede decir que el precedente revocado puede ser autoritativo, ya que el tribunal que lo rechazó simplemente lo ha sopesado con más peso que lo normal, aunque finalmente se haya inclinado en su contra.<sup>601</sup>

Para Leiter, esta visión implica la extraña conclusión de que un precedente revocado puede ser descrito como autoritativo, aunque parezca no serlo, tras haber sido revocado. Leiter concluye que el hecho de que el análisis de Raz coincida con el modo intuitivo de pensar el estatus de los precedentes revocado sugiere que capta algo esencial del concepto de autoridad.<sup>602</sup>

Sobre esta crítica al argumento de la autoridad, Marmor observa que la idea de Raz que sugiere que no tiene sentido que el derecho sea identificado con base en las mismas cuestiones que el derecho tiene que zanjar, se basa en el hecho de que para entender el fundamento de la autoridad práctica se debe tener en cuenta los modos en que la autoridad crea

<sup>600</sup> Cfr. Dare, T., "Wilfrid Waluchow and the Argument from Authority", *Oxford Journal of Legal Studies*, cit., nota 581, p. 365.

<sup>601</sup> Cfr. Leiter, B., "Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis", en Coleman, J., *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, cit., nota 576, p. 365.

<sup>602</sup> *Ibidem*, p. 366.

razones de contenido independiente para la acción. Raz considera que para quienes están sujetos a la autoridad debe ser significativo que una directiva haya sido provista por la autoridad, y sus razones para la acción deben tomar esto en cuenta. Ello implica que las personas sujetas a una autoridad deben ser capaces de reconocer las directivas autoritativas como tales. Es decir, como una directiva autoritativa, más allá de los méritos particulares de las directivas por sí mismas. Marmor entiende que para Raz la mejor explicación de esta cuestión se verifica cuando las directivas autoritativas son consideradas como razones excluyentes para la acción. No obstante, según Marmor, aunque la idea de las razones excluyentes de Raz esté equivocada, se pueden mantener igual sus conclusiones. Es decir, se puede defender la idea de que las directivas deben ser reconocibles sin apelar a razones dependientes sin necesidad de aceptar la concepción de Raz de que las órdenes de una autoridad constituyen razones para la acción que excluyen la consideración de las razones que, de lo contrario, se aplicarían directamente a las personas. En cualquier caso, es necesario, para que pueda operar la autoridad, que las personas sujetas a esa autoridad sean capaces de identificar las órdenes autoritativas independientemente de otras razones y como distintas de ellas.<sup>603</sup> En síntesis, Marmor afirma que si las razones de contenido independiente son mejor explicadas o no como razones excluyentes, depende de otra pregunta: ¿Qué tipo de obligaciones engendran las directivas autoritativas? “Pero —a su juicio— esto ahora no viene al caso”.<sup>604</sup> Un argumento parecido al que ofrece Marmor es presentado por el propio Raz como argumento alternativo para defender la idea de que la existencia y el contenido de una orden no pueden depender de sus razones subyacentes. Para Raz, si se acepta que una orden de la autoridad modifica las razones de los gobernados, debe aceptarse también que la sola existencia de razones para que una autoridad emita una orden no implica que haya un cambio de razones en los gobernados, si no se ha emitido realmente dicha orden. Esto supone, a juicio de Raz, que la existencia y el contenido de una orden no pueden depender exclusivamente de las razones subyacentes. Por esto, sostiene que “la existencia y el contenido de cada orden dependen

<sup>603</sup> Cfr. Marmor, A., *Interpretation and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1992. Traducción de M. Mendoza Hurtado, *Interpretación y teoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2001, pp. 155 y 156.

<sup>604</sup> Marmor, A., *Positive Law and Objective Values*, Oxford, Clarendon Press, 2001, p. 67.

de la existencia de ciertas condiciones independientes de las razones en las que se basa la orden”.<sup>605</sup> Por todo esto, estos autores consideran que el argumento más poderoso del *exclusive positivism* todavía tiene que ser contestado.

En “Authority and the Practical Difference Thesis: A Defense of Inclusive Legal Positivism”, Waluchow responde a algunas de las críticas que ha recibido su propuesta de superación del argumento raziano de la autoridad. Las primeras críticas de Dare contra esta propuesta básicamente señalan: (1) que aunque los pronunciamientos de la autoridad teórica no excluyan *objetivamente* otras razones relevantes para actuar, es innegable que a veces sí lo hacen de forma *subjetiva*; y (2) lo que diferencia a los casos de autoridad teórica de los de autoridad práctica, es que en estos últimos es necesario elegir. Por esto, los pronunciamientos de la autoridad son utilizados como excluyentes de otras razones. Contra esto, Waluchow sostiene que nunca negó que a veces las directivas excluyan *subjetiva* u *objetivamente* las razones dependientes. Sin embargo, considera que esta posibilidad no implica que las directivas necesariamente excluyan las razones dependientes como si se tratase de una cuestión conceptual.<sup>606</sup> Además, para Waluchow, en los casos prácticos tampoco es necesario utilizar los pronunciamientos como excluyentes. De esta forma, se afirma que los distintos contextos de las decisiones pueden requerir distintos ejercicios de la autoridad. Así, en un determinado contexto está justificado que se trate a las reglas como razones excluyentes, mientras que en otro las reglas pueden tener sólo fuerza presuntiva.<sup>607</sup> Waluchow reconoce que la importancia de tener en cuenta el contexto

<sup>605</sup> EAP, p. 238.

<sup>606</sup> Cfr. Waluchow, W., “Authority and the Practical Difference Thesis: A Defense of Inclusive Legal Positivism”, *Legal Theory*, 6, 2000, p. 54.

<sup>607</sup> Waluchow considera que un ejemplo de lo que acaba de afirmar puede observarse en el caso *Regina v. Oakes*. En él, la Corte Suprema de Canadá decide que un derecho constitucional puede ser limitado —es decir, no es totalmente excluyente— siempre que las razones para hacerlo sean lo suficientemente importantes y que no exista otro modo de alcanzar esos objetivos. Cfr. *ibidem*, p. 58. Por su parte, Himma considera que este último argumento de Waluchow no sirve para derrotar la crítica de Raz. Para Himma, Raz podría responder que las razones provistas por la Constitución canadiense son excluyentes, pero poseen un alcance limitado que excluye los valores más importantes que pueden justificar la limitación de un derecho constitucional. Así, del mismo modo que la orden de un sargento debe ceder a las órdenes de sus superiores, las protecciones que ofrece una Constitución deben ceder ante las protecciones de valores más importantes. Cfr. Himma, K., “Inclusive Legal Positivism”, en Coleman, J. y Shapiro, S. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, cit., nota 141, p. 151.

para determinar la fuerza práctica de las directivas usadas por una autoridad es una idea tomada de diferentes trabajos de Schauer y Alexander. Para Waluchow, esta sensibilidad al contexto nos permite encontrar lugar para la autonomía y la autoridad. A su juicio, si se prohíbe a los tribunales considerar toda condición moral de validez se pierde una plataforma pública por la cual los ciudadanos pueden cuestionar las órdenes de quien ejerce la autoridad apelando a razones morales contenidas, por ejemplo, en la Constitución. Por todo esto, afirma que es importante que un sistema de autoridad política y jurídica reconozca formalmente sus propias limitaciones morales, para ser respetado por sus ciudadanos, porque cuando se respeta a los ciudadanos es más fácil que ellos devuelvan respeto. En definitiva, para Waluchow, “el éxito práctico de la autoridad jurídica no depende del uso de directivas excluyentes, requiere de hecho lo contrario...”.<sup>608</sup> Por todo esto, Waluchow concluye que ni los pronunciamientos teóricos ni los prácticos tienen que ser excluyentes. Por tanto, considera que no hay nada en el pensamiento de Dare que refute su propuesta.<sup>609</sup>

Contra la segunda crítica, Waluchow aclara que su estrategia de aplazar la decisión no intentaba ser un ejemplo que cuente para nada. El punto era simplemente iluminar que es posible tomar decisiones acertadas por parte de los árbitros, sin que éstas impliquen el uso de directivas totalmente excluyentes. Por otro lado, Waluchow reconoce que Dare tiene razón cuando afirma que él no distinguió con claridad en qué sentido usa la palabra “parcial”. Sin embargo, replica que es clara la idea argumentada, en la cual se usa esa palabra. El ejercicio de la autoridad no está restringido como una cuestión conceptual a las directivas excluyentes; antes bien, intenta demostrar que “el tipo de directiva que resulta apropiada para un caso depende del contexto y de los objetivos de la práctica en cuestión, que en el arbitraje y en el derecho puede suponer más que la finalización de una disputa”.<sup>610</sup> Además, se argumenta que “una directiva que requiere para su comprensión de apelaciones a razones dependientes, u otras razones morales no relacionadas con las razones dependientes que subyacen a la directiva, puede servir a esos otros objetivos”.<sup>611</sup>

608 Waluchow, W., “Authority and the Practical Difference Thesis: A Defense of Inclusive Legal Positivism”, *cit.*, nota 606, p. 61.

609 *Ibidem*, pp. 55-61.

610 *Ibidem*, p. 64.

611 *Idem*.

Al enfrentarse a la tercera objeción de Dare, Waluchow simplemente contesta que la sentencia de un tribunal que declara inválida una norma por ser contraria al principio de equidad puede ser fácilmente interpretada e identificada sin conocer la concepción de la equidad en la que el tribunal se basó para tomar su decisión.<sup>612</sup> Además, aclara que los límites morales que imponen los documentos constitucionales para la validez de ciertas directivas jurídicas no parecen ser una apelación a la discrecionalidad judicial sino verdaderas limitaciones para la autoridad. De esta forma, Waluchow considera que si se rechaza un escepticismo a gran escala, se puede seguir aceptando uno de los principales puntos del ILP, quedando en evidencia que no es una condición necesaria para que una directiva tenga autoridad que éstas resuelvan disputas sin apelar a razones morales.<sup>613</sup> Por otra parte, para responder a la objeción de Leiter que sostiene que una directiva no puede ser autoritativa salvo que su identidad y significado puedan ser establecidos independientemente a toda referencia a cualquiera de sus razones dependientes, Waluchow plantea dos posibilidades: (1) Admitiendo que esto es cierto, se puede decir que la identificación y el significado de algunas directivas autoritativas dependen de razones morales no relacionadas con sus razones morales dependientes. Así, la autoridad del derecho es compatible con la existencia de estas directivas. (2) También es posible responder a Leiter, con lo que se dijo contra Dare sobre la posibilidad de que las directivas autoritativas puedan, como una cuestión conceptual, proveer una guía parcial.<sup>614</sup> Además, en respuesta a la objeción de este mismo autor que afirma que para que las precondiciones de la autoridad del derecho se cumplan es necesario que todas las directivas jurídicas sean autoritativas, Waluchow observa que Raz sostiene que una directiva puede o no ser autoritativa, dependiendo de si preferimos o no actuar de acuerdo con la razón correcta, o si seguimos la directiva más que apelamos directamente a las razones morales dependientes. De esta afirmación de Raz, Waluchow concluye que la precondición de la autoridad de algunas directivas no requiere la autoridad de todas.<sup>615</sup>

612 *Ibidem*, p. 66.

613 *Ibidem*, pp. 66-68.

614 *Ibidem*, p. 71.

615 *Idem*. Cuando Leiter vuelve a publicar su artículo "Legal Realism, Hard positivism, and the Limits of Conceptual Analysis", en un volumen monográfico sobre el *Postscript* de Hart, añade unas notas replicando algunas de las contestaciones de Walu-

Al enfrentarse a la cuarta crítica expuesta, Waluchow distingue entre la crítica de Dare y la de Leiter, aunque observa que ambos creen que la teoría de Perry falla al dar una visión alternativa de la autoridad consistente con el ILP. En primer lugar, Waluchow considera que la crítica de Dare sólo observa que la propuesta de Perry y, en consecuencia, su alternativa, fallan porque se basan en un rechazo de la tesis de Raz que afirma que las directivas autoritativas deben ser excluyentes de razones morales. Para Dare, Waluchow no puede avanzar sobre este argumento como una razón más para rechazar la teoría de la autoridad; sólo puede hacer esto si acepta las otras consideraciones que Perry presenta para fundamentar este argumento. Waluchow considera confusa esta crítica, ya que, si se encuentra una alternativa viable, no entiende por qué no usarla a su favor; y, en síntesis, que esta estrategia depende necesariamente de otros argumentos —previos— contra la teoría de la autoridad, es una objeción con muy poca o ninguna fuerza.<sup>616</sup> Por otra parte, para Waluchow, el argumento de Leiter es distinto. Éste ataca la idea de Perry de que el precedente es un contraejemplo para el argumento de autoridad de Raz. Para Leiter, no se puede afirmar la autoridad de un precedente revocado por un tribunal. Contra esta crítica, Waluchow aclara que el precedente tiene presunción de estar justificado, salvo y hasta que haya razones de especial peso que justifiquen su rechazo. Esto no significa afirmar que un precedente revocado sigue teniendo autoridad. Para Waluchow, la autoridad de un nuevo precedente que sobrepasa la autoridad de otro antiguo, lo que hace es reemplazar la autoridad del antiguo precedente por la del nuevo precedente. En definitiva, no necesariamente se afirma que un precedente revocado es autoritativo. Simplemente se afir-

chow. Contra la respuesta a la que hace referencia esta nota, Leiter replica que en este caso Waluchow se equivoca por no observar que el argumento de la autoridad es un argumento de posibilidad (*possibility argument*) —por ejemplo, un argumento que demuestra que la autoridad del derecho es imposible si uno admite criterios de validez de contenido—. Si bien Leiter reconoce que en la actualidad algunas directivas pueden resultar autoritativas y otras no, lo que importa para un argumento de posibilidad es que sea incluso posible que algunas puedan fallar en su autoritatividad, que es precisamente el resultado de la visión del ILP sobre la juridicidad. *Cfr.* Leiter, B., “Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis”, en Coleman, J., *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, *cit.*, nota 576, p. 364, n. 22.

<sup>616</sup> *Cfr.* Waluchow, W., “Authority and the Practical Difference Thesis: A Defense of Inclusive Legal Positivism”, *cit.*, nota 606, p. 69.

ma que un precedente revocado fue autoritativo, por más que haya sido revocado por una decisión que respeta y reemplaza su autoridad.<sup>617</sup>

## 2. *El debate sobre el argumento de la compatibilidad de Coleman*

Como ha sido específicamente desarrollado en el capítulo anterior,<sup>618</sup> Coleman sostiene que su incorporacionismo es compatible con el argumento de la autoridad del derecho de Raz.

Para defender esta posición presenta dos argumentos. El primero de éstos afirma que su versión del positivismo jurídico, que admite la posibilidad de que se incorpore la moral a la regla de reconocimiento, no requiere que nos dirijamos a las razones justificadoras de las normas como Raz sugiere. En concreto, Coleman sostiene que una regla de reconocimiento puede incorporar la moral en el derecho sin que esto necesariamente dirija a las personas hacia las razones dependientes que justifican cada norma en particular.<sup>619</sup> Para profundizar este razonamiento, Coleman observa la distinción entre las reglas de reconocimiento que incorporan la moral como una condición necesaria de validez y las reglas de reconocimiento que incorporan la moral como una condición suficiente de validez. Para ilustrar esta diferencia advierte que una regla de reconocimiento que establece que ninguna norma será válida salvo que sea justa, trata a la moral como una condición necesaria de validez; mientras que la regla de reconocimiento que afirma que una norma es derecho porque expresa una dimensión de la justicia, trata a la moral como una condición suficiente de validez. Para Coleman, esta distinción es importante porque al menos en algunos casos de cláusulas con condición necesaria de validez, el principio moral que es condicionante de la validez jurídica no necesita dirigirnos a las razones dependientes subyacentes de la norma.<sup>620</sup> Más aún, en su opinión “las consideraciones valorativas que se emplean en la validez de una regla no necesitan coincidir con aquellas que se emplean en los méritos de la regla. Estas cláusulas son, por lo tanto, consistentes con la visión de Raz sobre de la autoridad”.<sup>621</sup>

<sup>617</sup> *Ibidem*, pp. 69 y 70.

<sup>618</sup> Véase el epígrafe III.4 del tercer capítulo.

<sup>619</sup> *Cfr.* Coleman, J., “Authority and Reason”, *cit.*, nota 556, p. 306.

<sup>620</sup> *Cfr.* Coleman, J., *The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 126 (en adelante *POP*).

<sup>621</sup> *Ibidem*, pp. 126 y 127.



No obstante lo expuesto, en el caso de que la moral sea utilizada como una condición suficiente para la validez jurídica por parte de una regla de reconocimiento, parece que la juridicidad de las normas validadas por esta regla depende completamente de las razones que las justifican. Por esto, Coleman admite necesitar un nuevo argumento para demostrar la compatibilidad entre este tipo de cláusulas de validez y la autoridad jurídica. Con esta finalidad, presenta su segundo argumento,<sup>622</sup> que responde a la crítica raziana según la cual si la moral es incorporada a la regla de reconocimiento los individuos no podrán saber qué es lo que el derecho requiere de ellos y, al no servir como guía para acciones, perderá su autoridad.<sup>623</sup> Para demostrar la falsedad de este argumento, Coleman observa que, en general, las personas comunes tienden a saber lo que es derecho en la mayoría de las cuestiones, sin ser capaces de formular, aunque sea a grandes rasgos, la regla de reconocimiento. A partir de este hecho, concluye que la regla de reconocimiento no es necesaria para las personas comunes. Por esto, sostiene que no parece necesario limitar el contenido de la regla de reconocimiento, como la concepción raziana de la autoridad sugiere. No obstante, reconoce que para que el derecho posea autoridad debe haber una regla de identificación. Así, se concluye que sólo existe un problema para el incorporacionismo si la regla de identificación y la de reconocimiento deben ser la misma, lo cual no resulta ser necesariamente cierto y de hecho normalmente no ocurre en la realidad.<sup>624</sup> En definitiva, para Coleman, el argumento de la autoridad de Raz afirma que en toda sociedad en la que haya derecho debe existir alguna regla o práctica a la que las personas pueden recurrir para identificar el derecho. No obstante, a su juicio, esto no tiene porque estar necesariamente vinculado con la regla de reconocimiento y con su función de validar las normas.

Además de sus argumentos en defensa de la tesis de la compatibilidad, Coleman analiza algunas posibles observaciones que a su juicio pueden dirigirse contra su propuesta. Así, observa que se puede afirmar que para que el derecho tenga autoridad con éxito necesita operar en la deliberación de cada persona reemplazando a las razones dependientes que de otro modo serían aplicadas. De esta manera, si alguien aprende lo que es derecho consultando las razones que éste busca reemplazar, entonces el

622 *Ibidem*, p. 127.

623 *Cfr.* Coleman, J., "Authority and Reason", *cit.*, nota 556, p. 307.

624 *Idem*.

derecho no posee una autoridad exitosa respecto de esa persona, incluso si el derecho es autoritativo para todo el mundo. No obstante, debido a que el derecho pretende poseer autoridad sobre todos aquellos a los que se les dirige o aplica, el derecho, en principio, necesita ser identificable por cada persona sin recurrir a argumentos morales sobre cómo debería ser. De esta forma, una regla de reconocimiento incorporacionista sería incompatible con la autoridad del derecho. Así, incluso si todos aprehendiéramos lo que es derecho preguntándole a un experto jurista/moralista para no tener que recurrir a argumentos morales para identificarlo, este experto no podría conocerlo sin implicarse en un argumento moral sobre cómo debería ser el derecho.<sup>625</sup>

En definitiva, si el derecho es el tipo de institución que al menos en principio debe ser capaz de tener autoridad eficaz para todo aquel a quien se dirige, parece que la regla de reconocimiento incorporacionista no debería ser aceptada. Contra esta objeción, Coleman ofrece dos argumentos. El primero afirma que incluso si se admite que el derecho es el tipo de institución que debe ser capaz de poseer potencialmente autoridad exitosa, no existen razones para pensar que este requerimiento no pueda ser cumplido con una regla de reconocimiento incorporacionista. Para Coleman, si se admite que la regla de reconocimiento incorporacionista implica que al menos una persona deba identificar su contenido apelando a las consideraciones morales sobre cómo debería ser el derecho, no existe una razón para suponer que esa persona deba ser alguien sobre la cual el derecho de esa regla de reconocimiento afirme autoridad. Así, para Coleman es posible imaginar que el experto encargado de identificar el contenido de una regla de reconocimiento incorporacionista del derecho estadounidense sea un sueco al que no se le aplica ese derecho.<sup>626</sup> Una posible respuesta a esta objeción es que no basta con conocer el derecho por medio de un sueco que ofrece una fuente social; uno debe ser capaz de conocer el derecho de sus propias fuentes, es decir, de la regla de reconocimiento. Para Coleman, esta respuesta implica una petición de principio y es inmotivada. “Cómo uno aprehende el derecho o su contenido es importante sólo en la medida que afecte a su capacidad de

<sup>625</sup> Cfr. Coleman, J., “Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis”, en Coleman, J. (ed.), *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, cit., nota 576, p. 139.

<sup>626</sup> *Ibidem*, p. 140.

mediar entre las personas y las razones. Cualquier otro tipo de limitación no se encuentra motivada en la teoría de la autoridad”.<sup>627</sup>

La segunda defensa contra la crítica al incorporacionismo que sostiene que para que haya autoridad es necesario que ésta sea capaz de ser una autoridad exitosa sobre todas las personas a las que se dirige, afirma que esta acusación “es arbitraria e infundada”.<sup>628</sup> Para Coleman, para que el derecho pueda reclamar inteligiblemente autoridad basta con que (1) su identidad y contenido puedan ser en principio identificados sin recurrir a argumentos morales sobre cómo deben ser; y (2) que en principio pueda ser una autoridad exitosa por lo menos con una persona.<sup>629</sup>

El último argumento que Coleman imagina contra su tesis de la compatibilidad es una reminiscencia de la última objeción analizada, según la cual para que el derecho sea autoridad debe ser en principio capaz de ser una autoridad efectiva sobre todos sujetos a los que se dirige. Tanto en la objeción a la tesis de la compatibilidad presentada anteriormente, como en la que se acaba de exponer, se busca demostrar que debe ser posible identificar el derecho sin recurrir a argumentos morales sobre cómo debería ser el derecho. En la primera objeción, la incapacidad para lograr ese objetivo implica que la regla no puede mediar entre las personas y las razones. En la presente objeción, la incapacidad para lograr este objetivo limita la posibilidad de experimentar una norma como directiva autoritativa. Para Coleman, esta objeción falla porque no es una regla general que para ser X, ese algo debe ser percibido o experimentado como X.<sup>630</sup> Por esto, considera que deben existir razones adicionales para pensar que para que una directiva sea autoritativa debe ser percibida como tal. Incluso aceptando esto, no parece haber razones para suponer que es una condición necesaria para concebir o experimentar una directiva como autoritativa que uno sea capaz de identificarla como una directiva por sus fuentes. Más aún, si ser capaz de esto es una condición suficiente para ser capaz de experimentar una regla como autoritativa —lo que a juicio de Coleman es dudoso— seguramente no es una condición necesaria para experimentar una directiva como autoritativa. En síntesis, para concebir o experimentar una norma como una directiva autoritativa, uno no debe necesariamente ser capaz de identificarla como una directiva por su

627 *Ibidem*, p. 141.

628 *Idem*.

629 *Idem*.

630 *Cfr. POP*, p. 131.

fuelle: “Es suficiente ser capaz de utilizarla en la deliberación de uno, justo del modo en que las directivas autoritativas deben ser capaces de figurar”.<sup>631</sup>

A modo de síntesis de su defensa a la tesis de la compatibilidad, Coleman recuerda que el ELP no reclama que la regla de reconocimiento deba ser una regla epistémica. A su juicio, el debate entre ILP/ELP no es sobre si la regla de reconocimiento debe cumplir una función epistémica, sino sobre las maneras en que, como una cuestión de hecho, las personas ordinarias aprehenden el derecho y su contenido consultando la regla de reconocimiento. Así, el “desacuerdo es sobre los límites que la teoría de la autoridad impone a las condiciones de juridicidad, no sobre los límites que impone a los criterios de identificación”.<sup>632</sup>

Coleman observa que existen algunos defensores del ELP que sugieren que sus argumentos fallan por no tener en cuenta que las afirmaciones de Raz sobre la identificación del derecho tienen implicaciones conceptuales, que afectan al criterio de juridicidad. De hecho, se esgrime que es una cuestión conceptual que el derecho deba hacer una diferencia práctica mediando entre las personas y las razones. Para Coleman, esta acusación surge de una confusión. A su juicio, en sus trabajos nunca se niega que el argumento de la autoridad de Raz está diseñado para afirmar una cuestión conceptual sobre la naturaleza del derecho. En concreto, que el derecho debe ser el tipo de cosa que sea capaz de hacer una diferencia práctica mediando entre las razones y las personas. Coleman cree haber argumentado que esta afirmación conceptual sobre el derecho no implica ningún límite a las condiciones de juridicidad. Por esto, argumenta que estos límites surgen sólo si el criterio de validez es también el criterio de identificación. Así, el sentido de la distinción propuesta entre los usos epistémicos y ontológicos de la regla de reconocimiento es simplemente demostrar que la afirmación conceptual sobre el derecho implica un tipo de “tesis de las fuentes” como límite sólo de la identificación, y no de la validez jurídica, aunque el centro del argumento de Raz sea que impone límites a las condiciones de validez.<sup>633</sup>

Para finalizar, Coleman aclara que aunque la tesis de la compatibilidad fuera incorrecta, su incorporacionismo puede seguir siendo coherente, debido a que no está comprometido con la tesis de la autoridad de

<sup>631</sup> *Idem.*

<sup>632</sup> *Ibidem*, p. 132.

<sup>633</sup> *Idem.*

Raz; y sostenible, porque esa teoría de la autoridad es controvertida. De hecho, Coleman sospecha de algunos puntos de esta teoría: (1) No está convencido de que la pretensión de autoridad moral legítima por parte del derecho sea una cuestión conceptual o forme parte del concepto de derecho. A su juicio, el hecho de que el derecho pueda servir a tantos intereses humanos legítimos parece demostrar que es el tipo de cosa que puede poseer un poder normativo para crear deberes y responsabilidades genuinas. No obstante, de esto no se sigue que ese poder normativo represente una autoridad moral. (2) No está convencido de que la autoridad jurídica deba funcionar como Raz sostiene, excluyendo las razones que justifican el derecho. (3) Por último, asumiendo que, como verdad conceptual el derecho debe reclamar algún tipo de autoridad, no está convencido de que esto sea bien entendido cuando se le asocia a la idea de que toda norma debe ser capaz de hacer una diferencia práctica en nuestro razonamiento sobre lo que se debe hacer. Con esto no pretende negar que el sistema jurídico como un todo deba ser capaz de servir a intereses humanos valiosos.<sup>634</sup>

Contra estos argumentos han escrito varios autores. Entre ellos se analizarán las críticas de Leiter,<sup>635</sup> Marmor,<sup>636</sup> Smith,<sup>637</sup> Himma,<sup>638</sup> Waluchow<sup>639</sup> y Breslin.<sup>640</sup>

Debido a que el argumento de Coleman según el cual la incorporación de la moral a la regla de reconocimiento no necesariamente implica que sea necesario apelar a las razones dependientes de las normas es igual —o muy cercano— a una de las defensas que propone Waluchow contra el argumento de la autoridad de Raz, para conocer la crítica de Leiter contra este argumento basta remitirse al epígrafe anterior. Con respecto a la crítica de Leiter contra el segundo argumento de Coleman, según el

634 *Ibidem*, p. 133.

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

636 Cfr. Marmor, A., *Positive Law and Objective Values*, *cit.*, nota 604.

637 Smith, D., "Authority, Meaning and Inclusive Legal Positivism", *Modern Law Review*, 64, núm. 5, 2001, pp. 795-808.

638 Himma, K., "Bringing Hart and Raz to the Table: Coleman's Compability Thesis", *Oxford Journal of Legal Studies*, 20, núm. 4, 2001, pp. 609-627.

639 Waluchow, W., "The Many Faces of Legal Positivism", *University of Toronto Law Journal*, 48, 1998, pp. 387-449.

640 Breslin, L., "Making Inclusive Positivism Compatible with Razian Authority", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 14, núm 1, 2001, pp. 795-808.

cual la regla de reconocimiento no es una regla que las personas comunes utilicen para identificar el derecho, éste apunta a que el problema de esta argumentación es que la regla de reconocimiento sigue cumpliendo una función epistémica para los funcionarios. Por esto, una regla de reconocimiento incorporacionista no podrá ser autoritativa para estas personas.<sup>641</sup> Más adelante se expondrá la respuesta de Coleman contra este argumento.

Por su parte, Marmor considera que el argumento de Coleman que afirma que no toda condición moral de validez apela a las razones que justifican una norma, no logra derrotar el argumento raziano de la autoridad. Marmor sugiere que el argumento de la autoridad de Raz no busca excluir ningún tipo de consideración moral o valorativa del discurso jurídico, sino que sólo busca probar que la moral no puede determinar lo que es el derecho. Por esto, admite que los jueces están obligados por consideraciones morales. No obstante, afirma que las normas jurídicas son producto de resoluciones autoritativas y, si bien los poderes jurídicos pueden estar limitados por criterios morales que sean incorporados en la regla de reconocimiento, “estas limitaciones no determinan el derecho, sólo prescriben modos en que el derecho puede ser modificado”.<sup>642</sup> Incluso si es cierto que algunos de los límites que determinan a los poderes jurídicos autoritativos pueden ser de tipo moral, esto no elimina la tesis de las fuentes, ya que no implica que una norma pueda ser jurídica en virtud de su contenido moral.<sup>643</sup>

En caso de que se pretenda restringir el argumento incluyente sólo a la negación de la validez jurídica sobre bases morales, Marmor considera que este tipo de negación sólo tendría sentido si se piensa que esas normas al menos poseen una validez *prima facie*. Esto implica que, como la mayoría de las normas, si no todas, pueden ser consideradas inválidas por limitaciones morales, la mayoría de ellas son sólo válidas *prima facie*.<sup>644</sup> Además, esta versión del argumento genera más dudas de las que parece resolver. Por ejemplo, parece hacer depender la validez jurídica

641 Cfr. Leiter, B., “Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis”, en Coleman, J., *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, cit., nota 576, p. 365.

642 Cfr. Marmor, A., *Positive Law and Objective Values*, cit., nota 604, p. 63.

643 *Ibidem*, pp. 63 y 64.

644 *Ibidem*, p. 64.

de las normas de la veracidad de la moral.<sup>645</sup> Por último, señala que si las normas son sólo válidas *prima facie*, son incapaces de hacer una diferencia práctica, ya que los sujetos a los que se les dirigen esperan una confirmación de su validez, que se basa en cuestiones que no pueden comprender.<sup>646</sup>

Contra el segundo argumento de Coleman que defiende su tesis de la compatibilidad diferenciando entre el papel epistémico y ontológico de las reglas de reconocimiento, Marmor considera que no se ha observado que el argumento epistémico puede tener conclusiones conceptuales, no epistémicas. Marmor sostiene que el argumento de la autoridad de Raz posee una conclusión conceptual y ésta es que el derecho debe ser capaz de hacer una diferencia práctica. El hecho de que nada pueda hacer esta diferencia práctica sin algunas limitaciones epistémicas que permitan a la gente identificar las directivas autoritativas sin recurrir al tipo de consideraciones que estas directivas buscan solucionar, impone una limitación conceptual al tipo de cosas que pueden contar como prescripciones autoritativas.<sup>647</sup>

En su análisis crítico al libro de Coleman *The Practice of Principle*, Smith observa algunos argumentos contra la tesis de la compatibilidad. El primer objetivo de Smith es probar que el ejemplo propuesto por Coleman sobre la cláusula que incorpora a la justicia como una condición necesaria de validez al exigir que el derecho debe ofrecer oportunidades justas de apelación y su vinculación con la norma que prohíbe los homicidios, no sirve para probar que en los casos que la moral es incorporada de tal manera no es necesario apelar a las razones dependientes que la norma intentó reemplazar. Con esta finalidad, Smith comienza por distinguir entre la norma que rige las apelaciones a las condenas por homicidio y la norma que regula la prohibición de los homicidios. A partir de esta distinción, observa que estas normas pueden existir y ser comprendidas independientemente. Es decir, que son conceptualmente diferentes. Para Smith, en el ejemplo de Coleman la norma que resulta interesante analizar es la que regula las apelaciones y no la norma que prohíbe los homicidios. Así, se observa que para determinar si una norma que regula las apelaciones provee oportunidades justas para apelar, requiere necesariamente considerar las razones para tener una norma de este tipo. Es de-

<sup>645</sup> *Idem.*

<sup>646</sup> *Idem.*

<sup>647</sup> *Ibidem*, pp. 65 y 66.

cir, que incluso en el ejemplo de Coleman la incorporación de la moral en la regla de reconocimiento implica que, por lo menos en algunos casos —si no en todos—, sea necesario apelar a las razones que justifican las normas.<sup>648</sup>

Considera Smith que además de ser criticable el primer argumento ofrecido por Coleman, resulta poco útil, debido a que, en caso de ser correcto —lo cual debe ponerse en duda—, sólo lograría demostrar que únicamente las cláusulas que incorporan a la moral como una condición necesaria de validez son compatibles con el argumento de la autoridad. Por esto, Coleman presenta un segundo argumento, basado en la distinción entre la función ontológica y epistémica de la regla de reconocimiento, que también es criticado por Smith. Este argumento de Coleman ha ido evolucionando de tal modo que llega a sostener que, para identificar el derecho en el caso de que exista una regla de reconocimiento incluyente, puede acudirse a un experto jurista y moralista extranjero —en el ejemplo de Coleman, un sueco— que dirá a quienes son regidos por ese derecho qué es lo que este determina, aunque debe hacerlo sin recurrir a consideraciones valorativas para explicarlo. Contra este argumento, señala Smith que en este caso el derecho no parece guiar la conducta de las personas que supuestamente rige; más bien, es quien lo identifica el que parece guiar las conductas. Es decir, debido a que el experto extranjero debe identificar lo que otros tienen que hacer apelando a razones dependientes, éste parece ser el más indicado para decidir autoritativa y justificadamente. En esta situación, el derecho no parece ofrecer la guía que lo caracteriza: simplemente parece ser el catalizador que estimula al experto a considerar las razones dependientes.<sup>649</sup> Contra esta acusación, Coleman responde que no siempre que uno aprehende el derecho de otro, ese otro es la verdadera autoridad. Además, sostiene que para que la regla de reconocimiento sea autoritativa no es necesario que la gente pueda determinar lo que es derecho apelando directamente a la regla de reconocimiento: sólo es necesario que sean capaces de conocer lo que es derecho de una forma que no sustituya a la autoridad.<sup>650</sup> Smith considera que

<sup>648</sup> Cfr. Smith, D., “Authority, Meaning and Inclusive Legal Positivism”, *cit.*, nota 637, pp. 797 y 798.

<sup>649</sup> *Ibidem*, p. 800.

<sup>650</sup> Cfr. *POP*, p. 142.



estas respuestas son insuficientes para refutar el argumento que se le opuso.<sup>651</sup>

Para defenderse, Coleman ofrece un nuevo argumento. En él sugiere que la visión de la autoridad de Raz no requiere que toda norma tenga autoridad, sino que el derecho como un todo tenga autoridad. Smith considera que este argumento yerra su comprensión de lo que realmente pretende el derecho cuando proclama su autoridad. Para Smith, el derecho pretende tanto la autoridad de todo el sistema jurídico, como la de cada una de sus directivas. Por esto, cada norma es tratada como una razón para conformarse a ella. De hecho, para Smith, si Coleman niega estas últimas afirmaciones, debe demostrar —cosa que no hace— que cada norma, en sí misma, no ha de ser tratada como una razón para su conformidad.<sup>652</sup> Además, si Coleman sostiene que lo que el derecho reclama no es relevante para resolver esta cuestión, debe al menos ofrecer argumentos —algo que tampoco hace— contra la idea de Raz que sugiere que las reclamaciones que el derecho hace de su autoridad influyen en nuestro concepto de la autoridad.

Finalmente, Smith analiza la tesis de Coleman según la cual no todas las normas son capaces de poseer autoridad. Para demostrar esto, Coleman recuerda que no todas las normas están compuestas de mandatos que guían la conducta; de hecho, algunas sólo confieren derechos, etcétera. Para Smith, esta respuesta asegura solamente una victoria parcial para Coleman, porque lo único que demuestra es que algunas normas —las que no están formadas por mandatos— son compatibles con su incorporacionismo. Sin embargo, no demuestra que todas las normas lo puedan ser.<sup>653</sup>

Por su parte, Himma considera que el argumento de Coleman según el cual es conceptualmente posible identificar una norma jurídica bajo una regla de reconocimiento incluyente sin recurrir a su justificación dependiente, no sirve para defender su incorporacionismo. Coleman debe presentar un argumento que también reconcilie las reglas de reconocimiento incluyentes que incorporan la moral como una condición suficiente de

<sup>651</sup> Cfr. Smith, D., "Authority, Meaning and Inclusive Legal Positivism", *cit.*, nota 637, p. 800.

<sup>652</sup> *Ibidem*, pp. 800 y 801.

<sup>653</sup> Cfr. *idem*.

validez con la teoría de la autoridad.<sup>654</sup> Además, para Himma, este primer argumento de Coleman sólo serviría si se demuestra que es posible que exista un sistema jurídico que tenga una regla de reconocimiento incluyente por la cual la existencia de todas las normas autoritativas —incluso la regla de reconocimiento— pueden ser identificadas sin recurrir a justificaciones subyacentes. Así, este argumento de Coleman es sólo parcial, porque sólo se concentra en las normas validadas bajo una regla de reconocimiento.<sup>655</sup>

En cuanto al segundo argumento de Coleman, que sugiere que es conceptualmente posible para los funcionarios identificar la existencia de un valor incorporado en una regla de reconocimiento consultando esto a un experto, Himma considera que no sirve para compatibilizar el incorporacionismo de Coleman con la tesis de la autoridad de Raz. Para este autor, si el sentido de la regla de reconocimiento es indicar a los funcionarios lo que deben hacer de manera que se elimine la necesidad de realizar una valoración sobre el balance de razones —como sugiere Raz—, entonces la sola posibilidad de que un funcionario pueda identificar la norma de reconocimiento incluyente preguntando a un experto, no logra que dicha valoración sea evitada.<sup>656</sup> El problema es que una regla de reconocimiento incluyente que incorpora la moral como una condición suficiente de validez no logra expresar lo que se debe hacer sin la necesidad de una posterior mediación, porque para determinar cuál es el derecho será necesario realizar un razonamiento moral. Esto significa que el derecho no podrá reemplazar directamente la valoración sobre las razones correctas. Lo que reemplazará dicha valoración será la evaluación realizada por el experto. De hecho, Himma considera que es lógico pensar que, en este caso, para Raz el experto es la autoridad, ya que sus juicios expresan lo que se debe hacer y reemplazan las valoraciones de quienes se encuentran sujetos por las normas.<sup>657</sup>

Waluchow es escéptico sobre la aceptabilidad del argumento de Coleman que separa la regla de reconocimiento de la regla de identificación del derecho. Por ello se pregunta cómo será la regla de identificación de

<sup>654</sup> Cfr. Himma, K., “Bringing Hart and Raz to the Table: Coleman’s Compability Thesis”, *cit.*, nota 638, p. 612.

<sup>655</sup> *Ibidem*, p. 613.

<sup>656</sup> *Ibidem*, pp. 623 y 624.

<sup>657</sup> Cfr. Himma, K., “Substance and Method in Conceptual Jurisprudence and Legal Theory”, *Virginia Law Review*, 88, 2002, p. 1180.

un sistema jurídico real y complejo como los que pueden encontrarse en las sociedades occidentales. En concreto, se pregunta si esta regla de identificación hará referencia a lo que la Corte Suprema dice sobre el derecho. Contra esta alternativa, Waluchow observa que la Corte Suprema guarda silencio sobre muchas cuestiones jurídicas. Por esto, se plantea la posibilidad de que la regla de identificación haga referencia a lo que los abogados normalmente dicen o a lo que dicen los propios autores de las normas jurídicas. No obstante, observa que esta posibilidad resulta tan inviable como las anteriores, ya que los abogados y los teóricos del derecho —al igual que las personas ordinarias— normalmente están en desacuerdo sobre lo que requiere el derecho. Más en general, Waluchow considera que si una regla que otorga validez no ofrece respuestas sencillas y no controvertidas a las cuestiones sobre validez, debido a que la validez posee un cierto grado de incertidumbre y quizá de indeterminación, la regla que busca identificar esta validez padece las mismas limitaciones que la regla a la que intenta identificar.<sup>658</sup>

Una versión del argumento de la compatibilidad de Coleman es la ofrecida por Breslin. Este autor considera que, si bien Coleman no logra refutar la crítica de Raz al ILP, sólo es necesario desarrollar uno de sus argumentos —el que se basa en la distinción entre la función ontológica y epistémica de la regla de reconocimiento— para poder afirmar que el ILP no es inconsistente con la noción raziana de autoridad. Para demostrar esto, Breslin toma este argumento de Coleman y ofrece su propio desarrollo.<sup>659</sup>

Breslin advierte que en el escenario propuesto por el ILP, en el cual para que una norma sea válida —además de ser dictada por el Poder Legislativo— no debe violar los principios constitucionales, surge un nuevo problema epistémico que debe ser resuelto. El problema es que los ciudadanos ordinarios necesitan identificar las normas que realmente son derecho, no solamente aquellas que dicen ser derecho. De hecho, para Breslin, este mismo problema es aplicable a una regla de identificación incluyente que sostenga que es derecho todo lo que una persona “S” diga que es derecho, ya que no se sabe si “S” tiene razón.<sup>660</sup>

<sup>658</sup> Cfr. Waluchow, W., “The Many Faces of Legal Positivism”, *cit.*, nota 639, pp. 428 y 429.

<sup>659</sup> Cfr. Breslin, L., “Making Inclusive Positivism Compatible with Razian Authority”, *cit.*, nota 640, p. 133.

<sup>660</sup> *Ibidem*, p. 138.

Breslin observa que los ciudadanos pueden hacer una deliberación por sí mismos, pero este tipo de deliberación viola la tesis del reemplazo de Raz y por esto se vicia la autoridad del derecho. No obstante, para este autor la clave se encuentra en diferenciar entre juzgar si “S” se ocupa de conseguir la respuesta correcta, y juzgar si “S” tiene la respuesta correcta en este caso. Juzgar si “S” tiene la respuesta correcta en esta situación implica deliberar sobre las mismas cosas que la directiva busca resolver, y eso vicia la autoridad del derecho. Pero juzgar si “S” tiene cierto nivel de competencia jurídica para toda situación, no implica una deliberación que vicie la autoridad del derecho. En este último caso, simplemente se asume, basándose en el conocimiento que se tiene de “S”, que es probable que “S” encuentre la respuesta correcta. Para Breslin esta respuesta no sólo cubre las condiciones para la autoridad de Raz sino que además hace del problema epistémico algo menos convincente, ya que evita la necesidad de observar si “S” tiene razón, limitando este control al análisis de que “S” tenga una cierta competencia que haga que sea más probable que improbable —y más probable que cualquier otra fuente— que obtenga la solución correcta. Es en esta línea en la que el autor cree que el ILP puede ser compatible con el argumento de la autoridad de Raz, tomando y uniendo elementos de ambas versiones del positivismo.<sup>661</sup>

Breslin considera que pedirle al ciudadano que se introduzca en deliberaciones morales para identificar el derecho no es una opción, porque esto no es consistente con la tesis del reemplazo. Sin embargo, el extremo opuesto —en el que los ciudadanos obedecen la autoridad del derecho sin ni si quiera cuestionársela— tampoco es aceptable, incluso para Raz.<sup>662</sup> El rechazo de este extremo es especialmente importante para los incluyentes que incorporan la moral al criterio de validez.

Breslin busca responder los desafíos de Raz por medio de la noción de autoridad justificada ofrecida por el mismo Raz. Para Breslin, esta noción no da una licencia para desobedecer el derecho, pero sí la posibilidad de desafiar y protestar contra el derecho. Por esto, a su juicio, un ciudadano no debe aceptar una directiva como autoritativa si logra la respuesta correcta siguiendo directamente su razón, en vez de seguir la directiva. No obstante, este autor reconoce que esta deliberación no puede

<sup>661</sup> *Idem.*

<sup>662</sup> Para Breslin, Raz pretende evitar este extremo distinguiendo la autoridad legítima o justificada de la autoridad de hecho, por medio de la tesis de la justificación normal. *Cfr. idem.*

ocurrir regularmente porque, si no, se violaría la tesis del reemplazo. Pero en los casos en que el derecho es claramente cuestionable o empuja claramente a los ciudadanos contra las razones correctas, los ciudadanos poseen recursos contra la autoridad de hecho. Siguiendo a Raz, Breslin afirma que como no toda autoridad es legítima, no toda directiva autoritativa es una razón para la acción.<sup>663</sup>

Vinculando esta argumentación con la de Coleman, si bien parece imposible pensar en una regla de identificación que indique lo que realmente es el derecho, se puede llegar a una conclusión diferente en un contexto práctico. Debido a que los ciudadanos deben tomar decisiones sobre qué hacer, y a que parece poco sensato decir que los ciudadanos no pueden decidir en un escenario como el del ILP, simplemente por restricciones teóricas, basta con una regla de identificación que sea todo lo confiable que pueda ser. Por ejemplo, una regla de identificación basada en lo que declara el Poder Legislativo puede servir, aunque no podamos tener certeza de si el Poder Legislativo tiene razón. Lo que propone Breslin es distinguir entre una regla de identificación que garantice el éxito en cada situación, y una regla de identificación que tenga más éxito que en el caso de que cada uno siga su razón. Puede ser que el legislativo no siempre tenga razón, pero la tiene en la mayoría de los casos. Esto no significa que uno debe deliberar en cada caso sobre lo legislado: se acepta a la legislatura como autoridad y se sustituye el razonamiento propio por el de la legislatura. Pero si se encuentra una directiva controvertida, uno se garantiza su propia deliberación, porque puede tratarse de uno de los pocos casos en los que la legislatura se equivoca. Para Breslin esto no es contradictorio con el argumento de la autoridad de Raz, sino que está fundamentado en su visión de la autoridad.<sup>664</sup>

No obstante, queda un problema por resolver: ¿cómo limitar a un pequeño número de casos los desafíos de los ciudadanos a la autoridad? Para este autor hay dos tipos de respuestas, una teórica y la otra práctica. La teórica tiene en cuenta la forma en que la regla de reconocimiento es formulada. Si la regla de reconocimiento establece que el derecho sólo es válido si no viola principios constitucionales, esta afirmación resulta confusa debido a que existe un amplio rango de directivas que pueden ser interpretadas como limitativas de estos principios. Sin embargo, el

663 *Ibidem*, p. 139.

664 *Ibidem*, p. 140.

amplio rango de directivas puede ser limitado seriamente si el criterio de validez contiene un lenguaje fuerte —como por ejemplo, “el derecho no debe violar severamente los principios constitucionales”—. La respuesta práctica consiste en sostener que su visión parece representar la manera en que los ciudadanos ordinarios se aproximan a la autoridad jurídica en sociedades como la canadiense. La mayoría de las veces, los ciudadanos aceptan las directivas autoritativas como autoridad sin cuestionarse o deliberar sobre éstas. Así, “si bien es teóricamente posible una extensa violación de la tesis del reemplazo, en la realidad esto es extremadamente improbable”.<sup>665</sup>

Para finalizar, Breslin observa que por más que sólo se necesite una regla de identificación para fines prácticos y, por lo tanto, no sea necesaria la certeza, igualmente resulta extremadamente difícil desarrollar una regla que refleje el proceso de validación del derecho en un sistema jurídico complejo. Sin embargo, para Breslin ello no es imposible. A su juicio, en vez de buscar desarrollar una regla de identificación que proporcione certeza, solamente debemos desarrollar una regla que se acerque lo más posible a la certeza. Esto permite defender el ILP y a la vez sostener la teoría de la autoridad de Raz.<sup>666</sup>

### 3. *Críticas y adaptaciones de la tesis raziana de la autoridad*

Muchos son los autores autoproclamados incluyentes que han tratado defender al ILP desafiando el argumento de la autoridad de Raz. Entre otros, Soper sostiene que nada en la práctica jurídica —como la conocemos— cambiaría si el Estado, convencido de que no existe un deber de obedecer el derecho, anuncia abiertamente que abandona este tipo de afirmación. Soper ofrece cuatro razones para fundamentar su tesis: (1) el deber de obedecer el derecho no es usualmente expresado en las normas jurídicas; (2) abandonar la visión de que el Estado pretende que los ciudadanos tienen la obligación de obedecer el derecho no implica abandonar la visión sobre los méritos morales del derecho; (3) el Estado puede tomar abiertamente el punto de vista del hombre malo con respecto a sus normas; (4) un sistema jurídico puede sobrevivir con la fuerza de la

<sup>665</sup> *Ibidem*, p. 141.

<sup>666</sup> *Ibidem*, p. 142.

sola coerción y por lo tanto no necesita reclamar su autoridad moral.<sup>667</sup> En definitiva, con estas afirmaciones, Soper busca resolver el dilema que implica para el positivismo jurídico proclamar la autoridad o normatividad del derecho como una afirmación moral que no puede ser justificada y que parece contraria a los principios básicos del positivismo.<sup>668</sup>

Kramer intenta refutar la tesis de la autoridad de Raz de un modo semejante, y con una finalidad similar a la de Soper. Para ello, busca un contraejemplo para la tesis de Raz. Es decir, busca un sistema jurídico que no afirme autoridad moral y que igualmente pueda ser caracterizado como sistema jurídico. Así, observa cómo una organización criminal como la mafia puede controlar la mayoría de los aspectos de la vida de una región, dictando mandatos tan amplios y generales como los de un sistema jurídico. Para Kramer, si el sistema que utiliza la mafia para controlar una región posee las cualidades de durabilidad y generalidad y supera el

667 Cfr. Soper, P., "Law's Normative Claims", en George, R. (ed.), *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*, cit., nota 498, pp. 215-247. Himma considera que esta argumentación de Soper comprende mal la visión de Raz. Para Himma, la tesis de la autoridad nunca sostuvo ni implicó que los sistemas jurídicos que reclaman su autoridad son más eficaces que los que no la reclaman. La tesis de la autoridad de Raz es una tesis conceptual y no empírica. Es decir, es parte de la naturaleza del derecho que éste pretenda ser autoridad legítima. Por eso, Raz puede admitir que no notemos diferencia si un sistema jurídico abandona su pretensión de ser autoridad legítima. Sin embargo, para Raz, si un sistema jurídico abandona esta pretensión, abandona su estatus de sistema jurídico. Cfr. Himma, K., "Inclusive Legal Positivism", cit., nota 141, pp. 155 y 156.

668 Más detalles en Soper, P., "Legal Theory and the Claim of Authority", *Philosophy and Public Affairs*, 18, núm. 3, 1989, p. 209 y Soper, P., "Law's Normative Claims", cit., nota 667. Otros autores también han observado el conflicto entre la tesis de la normatividad —el derecho como una forma de razonamiento práctico— y la tesis social —el derecho como un hecho social—. Por ejemplo, Postema busca solucionar este problema sosteniendo que la fuerza normativa del derecho depende de su función social de coordinación y no del contenido de sus normas. Cfr. Postema, G., "Coordination and Convention at the Foundations of Law", *The Journal of Legal Studies*, XI, 1982, pp. 165-203. Si bien Postema considera que ha solucionado esta cuestión, otros autores, como Goldsworthy, consideran que las afirmaciones de Hart y Raz relacionadas con la normatividad del derecho —por ejemplo, la idea de que el derecho ofrece razones para la acción o la noción del punto de vista interno— son irreconciliables con el aspecto fáctico que estos autores parecen atribuirle al derecho. En definitiva, Goldsworthy sostiene que estas afirmaciones parecen haber minado definitivamente la tesis social y, con esto, al positivismo jurídico, autodestruyéndolo. Cfr. Goldsworthy, J. D., "The Self-Destruction of Legal Positivism", *Oxford Journal of Legal Studies*, 10, núm. 4, 1990, pp. 449-486. Puede verse una defensa al positivismo jurídico contra la tesis de la autodestrucción en Navarro, P. E., "On the Self Destruction of Legal Positivism", Chiassoni, P. (ed.), *The Legal Ought*, Torino, G. Giappichelli, 2001, pp. 83-101.

test de la eficacia —el que sea—, entonces debe ser considerado un sistema jurídico. Esto implica que no se le puede denegar esta clasificación sólo porque los funcionarios de la mafia no pretenden legitimidad moral.<sup>669</sup> En definitiva, Kramer busca demostrar cómo el concepto de obligación jurídica puede ser distinguido del de obligación moral. El objetivo final es demostrar que las proposiciones sobre los deberes jurídicos no necesariamente implican proposiciones sobre la obligatoriedad de los deberes morales o sobre la legitimidad moral de aplicarlos.<sup>670</sup>

Himma considera que la respuesta de Kramer es incorrecta porque no parece ser un claro contraejemplo. Es decir, no parece que sea obvio que el sistema de la mafia pueda ser caracterizado como sistema jurídico. Sin embargo, cree que, en este mismo sentido, puede ser presentado un ejemplo más prometedor. Así, Himma se imagina una sociedad “X” en la que los gobernantes y gobernados, después de haber debatido largamente, llegan a la conclusión de que el derecho no puede generar una obligación moral —de contenido independiente— de obedecerlo. Por esto, en “X” se evitan usar las palabras como “autoridad”, “deber”, “obligación”, etcétera. No obstante, en “X” se dan las condiciones mínimas que exige Hart para la existencia de un sistema jurídico. De hecho, todos los gobernados creen que es mejor para todos que los funcionarios regulen las conductas con una práctica que deben seguir desde el punto de vista interno, y reconocen las ventajas de obedecer las normas validadas por la regla de reconocimiento. En definitiva, para Himma, “X” puede ser considerado un sistema jurídico porque posee todas las características necesarias para regular eficazmente los comportamientos de los gobernados, por más que en este ejemplo no exista una pretensión institucional de autoridad legítima. Por lo tanto, concluye Himma, “si esto es correcto, la tesis de la autoridad es falsa”.<sup>671</sup>

En otro de sus trabajos, Himma desarrolla con más profundidad su crítica a la tesis de la autoridad de Raz. Como una cuestión preliminar, Himma se pregunta cómo puede el derecho reclamar o afirmar autoridad. En este sentido, observa que los sistemas jurídicos son objetos abstractos y por lo tanto no pueden hacer afirmaciones en sentido expresivo, aun-

669 Cfr. Kramer, M., “Requirements, Reasons, and Raz: Legal Positivism and Legal Duties”, *Ethics*, 109, núm. 2, 1999, p. 394 y 395.

670 *Ibidem*, pp. 375-407.

671 Himma, K., “Inclusive Legal Positivism”, en Coleman, J. y Shapiro, S. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, cit., nota 141, p. 157.



que admite la posibilidad de incorporar en la teoría una ficción —como ocurre con las “personas jurídicas”— que trate el sistema jurídico como un agente capaz de hacer afirmaciones. No obstante, como un sistema jurídico es un objeto abstracto, toda afirmación que haga debe ser explicada, por lo menos indirectamente, con base en comportamientos de agentes intencionales que participan en la práctica jurídica.<sup>672</sup>

Superada esta cuestión, Himma se pregunta si las normas jurídicas reclaman o afirman autoridad legítima. En este sentido, afirma que de hecho es falso que todo sistema jurídico incluya una norma que afirma la existencia de una obligación de contenido independiente de obedecer el derecho. Además, aclara que una réplica que argumente que todo sistema jurídico que no contenga esa norma es descalificado conceptualmente como sistema jurídico, parece poco plausible por diferentes razones: (1) se le negaría la calificación de sistema jurídico a sistemas normativos que representan el paradigma de los sistemas jurídicos; (2) una norma no puede generar este tipo de obligación simplemente pretendiendo o afirmando que ésta existe; (3) la afirmación de que un sistema jurídico debe contener una norma que reclame o afirme ese tipo de obligación es contraria a la tesis de la separabilidad.<sup>673</sup>

Himma observa que Raz cree que hay cinco prácticas que son señales de que los sistemas jurídicos pretenden autoridad legítima: (1) la aplicación del derecho como excluyente; (2) que el derecho use términos como “derechos” y “deber”; (3) la designación de las instituciones jurídicas como autoridades; (4) la pretensión de los funcionarios de que los sujetos deben lealtad y obediencia al derecho; y (5) la creencia de los funcionarios de que tienen autoridad legítima. Para Himma ninguna de estas prácticas por sí misma garantiza que el derecho reclame autoridad legítima. Incluso más, para Himma ni siquiera el conjunto de todas ellas garantiza que el derecho tenga este tipo de pretensión. En definitiva, para este autor, si estas críticas son ciertas, la tesis de la autoridad es falsa.<sup>674</sup>

Para fundamentar sus críticas, Himma afirma que: (a) si bien *l* parece cierto, esto no autoriza a que se afirme la autoridad legítima del dere-

<sup>672</sup> Cfr. Himma, K., “Law’s Claim of Legitimate Authority”, en Coleman, J. (ed.), *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, cit., nota 576, pp. 277-281.

<sup>673</sup> *Ibidem*, p. 281.

<sup>674</sup> *Ibidem*, pp. 283 y 284.

cho;<sup>675</sup> (b) ni siquiera si se sostiene que la utilización de términos morales como “deber” u “obligación” en el derecho da origen a obligaciones morales —como proponen algunos iusnaturalistas— es suficiente para defender la tesis de la autoridad. Esta tesis sostiene algo más fuerte que esto: que el derecho afirma una obligación moral de obediencia de contenido independiente. Además, si se asume que la tesis de la separabilidad es correcta, entonces la afirmación que sugiere que es conceptualmente necesario que los sistemas jurídicos usen términos como “derechos” y “deber” claramente no supone —por sí misma— la tesis de la autoridad.<sup>676</sup> (c) No está claro que 3 permita sostener que los sistemas jurídicos pretenden tener autoridad. El problema aquí es que las personas relevantes pueden no entender la noción de autoridad como si exigiera una obligación moral de contenido independiente de obedecer el derecho. Si la comprensión común del término “autoridad” no tiene estas implicaciones, la designación formal de un funcionario como “autoridad” no implica que las personas responsables de dicha designación crean que los actos de los funcionarios den origen a obligaciones morales de contenido independiente de obedecer el derecho. Si esto es así, la designación de los funcionarios como autoridades no implica que los sistemas jurídicos afirmen tener autoridad legítima. Además, la afirmación que sugieren las instituciones jurídicas han sido oficialmente designadas como “autoridades” tampoco parece ser necesariamente verdadera.<sup>677</sup> (d) Para establecer la tesis de la autoridad, Raz necesita demostrar algo más fuerte que el mero hecho de que los funcionarios afirmen que existe una obligación general de obedecer el derecho. Para Himma, Raz necesita demostrar que los funcionarios afirman que hay una obligación moral de contenido independiente de obedecer el derecho. “Y si la tesis de la separabilidad es correcta, nunca se garantiza inferir una afirmación de deber moral solamente de la afirmación de deber jurídico”.<sup>678</sup> (e) Contra 5 se observa que por un lado, no se puede atribuir una pretensión pública de autoridad a un sistema jurídico con base en creencias privadas. “La base para esta atribución debe consistir en comportamientos públicos evidentes”.<sup>679</sup> Por el otro, Raz realiza una afirmación empírica y contingente sobre lo que

675 *Ibidem*, pp. 296 y 297.

675 *Ibidem*, pp. 294-296.

676 *Ibidem*, pp. 293 y 294.

677 *Ibidem*, p. 289.

678 *Ibidem*, p. 285.

típicamente creen los funcionarios. Sin embargo, para inferir afirmaciones como la de su autoridad debe identificar características presentes en todo sistema jurídico conceptualmente posible.<sup>680</sup> (f) Ninguna de las prácticas puntualizadas por Raz —ni su conjunto— aseguran que el derecho pretenda su autoridad. Por esto, en definitiva, no hay nada que pueda ser construido como una pretensión institucional sobre la autoridad legítima.<sup>681</sup>

Para finalizar, Himma se enfrenta con una serie de afirmaciones que pueden poner en tela de juicio su crítica. Contra la afirmación que sugiere que es empíricamente poco probable que un sistema no reclame su autoridad, Himma responde que “para demostrar que es *conceptualmente imposible* para un sistema jurídico incorporar criterios morales de validez, no es suficiente demostrar que es atípico para un sistema jurídico no afirmar su autoridad. Raz debe demostrar que es *conceptualmente imposible* para un sistema jurídico no afirmar su autoridad...”<sup>682</sup> Así, la aceptada afirmación de que todo sistema normativo institucional que no reclame su autoridad queda conceptualmente descalificado como sistema jurídico, es falsa.<sup>683</sup> Contra el argumento que sugiere que por más que los sistemas jurídicos no afirmen la obligación moral de contenido independiente de obedecer el derecho, los sistemas jurídicos sí pretenden proveer razones reemplazantes, Himma sostiene que no es claro que la noción de razones reemplazantes de Raz sea independiente de su análisis de la noción de obligación moral. Además, Himma cree que es poco plausible atribuirle a un sistema jurídico una proposición que afirma que el derecho requiere que sus gobernados traten las normas jurídicas como razones reemplazantes porque: (1) no está claro cómo pueden regularse los estados mentales; (2) no está claro que los creadores del derecho deseen regular los estados mentales si pueden regular efectivamente el comportamiento.<sup>684</sup> Contra la afirmación de que los ciudadanos de un sistema jurídico creen que su sistema es legítimo, Himma responde: (1) que esto sea cierto depende de que la tesis de la justificación normal sea una correcta visión sobre la legitimidad moral; (2) las creencias o pensamientos son privados, a diferencia de las afirmaciones; (3) que, a favor del interés de todos, estructurar un sistema norma-

679 *Ibidem*, pp. 284-288.

680 *Ibidem*, pp. 297-299.

682 *Ibidem*, p. 301.

683 *Ibidem*, p. 309.

684 *Ibidem*, pp. 301-305.

tivo sobre una regla de reconocimiento no implica lógicamente la afirmación de que las condiciones de la tesis de la justificación normal sean satisfechas.<sup>685</sup> Por último, contra la afirmación que sugiere que un sistema jurídico que niegue su legitimidad no puede contar como tal porque es puramente coercitivo, Himma responde que no entiende por qué no puede haber un sistema jurídico en el cual las obligaciones jurídicas sean puramente una cuestión de aplicación por una fuerza coercitiva. Para Himma, Hart tiene razón al rechazar la visión de Austin sobre las obligaciones jurídicas, según la cual, en todo sistema jurídico conceptualmente posible una obligación jurídica es puramente coercitiva. Sin embargo, Hart se equivoca al afirmar que las obligaciones jurídicas son conceptualmente no coercitivas.<sup>686</sup>

Como una última defensa del ILP contra las críticas de Raz, Himma presenta un nuevo argumento en un trabajo posterior,<sup>687</sup> donde sostiene que la tesis de la autoridad, la tesis del reemplazo y la tesis de la justificación normal no tienen fuerza suficiente para demostrar la falsedad de la tesis de la incorporación sin la ayuda de la tesis de la representación (*instantiation*). Según esta tesis, el derecho no puede reclamar sinceramente autoridad si no es capaz de tenerla. Por esta razón, el éxito de la crítica de Raz contra el ILP depende de la tesis de la “representación”.

Para Himma, esta tesis puede ser sostenida al menos de dos maneras. En primer lugar, puede ser defendida desde una visión no convencionalista. Esta visión sugiere que no se puede pretender con sinceridad que un ente posee un atributo —por ejemplo, la autoridad— que es incapaz de tener. Esto siempre y cuando se comprenda la naturaleza de dicha pretensión y la del ente al que hace referencia. Por esto, se admite que se puede pretender con sinceridad e inintencionadamente algo que es incoherente. En concreto, en lo que respecta a la autoridad, Raz considera que los funcionarios pueden equivocarse sobre la naturaleza de la autoridad, aunque sostiene que no pueden hacer esto de forma sistemática. El problema, para Himma, es que esta afirmación de Raz no puede ser sostenida desde una visión no convencionalista, porque no existe ninguna restricción para que puedan darse este tipo de confusiones sistemáticas. En cambio, si se defiende la tesis de la “representación” desde una visión

<sup>685</sup> *Ibidem*, pp. 305 y 306.

<sup>686</sup> *Ibidem*, pp. 307-309.

<sup>687</sup> Cfr. Himma, K., “The Instantiation Thesis and Raz’s Critique of Inclusive Positivism”, *Law and Philosophy*, 20, núm. 1, 2001, pp 61-79.

convencionalista, puede sostenerse que las confusiones sistemáticas —a las que se ha hecho referencia— no pueden existir porque, de alguna manera, el concepto sobre el que recae dicha confusión depende de lo que piensan las personas que están confundidas.<sup>688</sup>

Por todo esto, Himma concluye que el problema es que la tesis de la “representación” coloca a Raz frente a un dilema:

si, por un lado, adopta una visión no convencionalista del concepto de autoridad, necesita demostrar la veracidad de la muy poco plausible afirmación de que es conceptualmente imposible para la gente estar sistemáticamente confundida sobre el concepto de autoridad. Si, por otro lado, adopta, como parece ser, una visión convencionalista, entonces necesita una rigurosa evidencia empírica que demuestre que la clase de gente relevante suscribe el concepto raziano de autoridad. Como Raz no ha dado esos argumentos, la crítica raziana al positivismo incluyente no alcanza a refutar la tesis de la incorporación.<sup>689</sup>

Moreso también ha ofrecido argumentos en defensa del positivismo jurídico incluyente relacionados con la tesis de la autoridad.<sup>690</sup> Para este autor, el derecho no pretende el tipo de autoridad que Raz describe en su noción de la autoridad como servicio. Específicamente, para Moreso el derecho no pretende que las normas jurídicas deben siempre ser consideradas opacas frente a las razones subyacentes que las justifican. Esto se da sólo de forma parcial.<sup>691</sup> De hecho, a juicio de este autor, algunas normas —como pueden ser las constitucionales o las penales— contienen elementos que recurren a razones subyacentes.<sup>692</sup> Además, Moreso cree que la visión de Raz de que los jueces poseen discrecionalidad para decidir los casos en que el derecho utiliza conceptos morales parece estar en tensión con su teoría de las fuentes, de la adjudicación y de la autoridad del derecho.<sup>693</sup>

Por todo esto, Moreso propone una teoría de la autoridad “more relaxed”. Si bien este autor expresamente aclara que está más allá de sus

688 *Ibidem*, pp. 66-76.

689 *Ibidem*, pp. 78 y 79.

690 Moreso, J. J., “En defensa del positivismo jurídico incluyente”, en Navarro, P. E. y Redondo, M. C. (eds.), *La relevancia del derecho: Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, cit., nota 224, pp. 93-116.

691 *Ibidem*, p. 105.

692 *Ibidem*, p. 106.

693 *Idem*.

propósitos presentar una teoría alternativa de la autoridad, establece algunas líneas generales de ésta. Para él, si se puede hablar con sentido de principios de razón práctica, entonces estos principios son los que están dotados de autoridad. Así, las directivas dictadas por los seres humanos sólo pueden tener autoridad derivada, en la medida en que reflejen la autoridad de esos principios. Para aclarar esta idea, el autor recuerda el proceso que, según Rawls, va de desde las razones subyacentes más básicas hasta las opacas razones de las decisiones judiciales. Este proceso se divide en cuatro etapas. En la primera etapa se eligen desde la posición original dos principios de justicia, principios de la razón práctica dotados de autoridad. En la segunda se estipulan las normas constitucionales que aseguran el principio de igual libertad para todos. En la tercera etapa se establecen las reglas legislativas de acuerdo con los principios de justicia. En la cuarta etapa, los órganos correspondientes aplican las reglas generales a los casos particulares. Para Moreso, sólo en la cuarta etapa es posible atribuir a las directivas jurídicas los rasgos de la concepción de la autoridad como servicio, y esto siempre que en las anteriores etapas se hayan reflejado adecuadamente los principios subyacentes. Así, “en la medida en que en alguna etapa se alejen de los principios de la razón práctica, las reglas jurídicas carecen de autoridad”.<sup>694</sup> Por lo tanto, por un lado, puede haber derecho que carezca de autoridad —esta es la consecuencia de la tesis de la separabilidad positivista, siempre aceptada por Raz—; y, por el otro lado, puede haber derecho cuya identificación requiera recurrir parcialmente a razones subyacentes, de acuerdo con la tesis de las fuentes sociales del ILP, pero en contraste con la lectura fuerte —que Raz propone— de dicha tesis.<sup>695</sup>

## II. EL DEBATE EN TORNO A LA *PRACTICAL DIFFERENCE THESIS* DE SHAPIRO

Junto con estos ataques y defensas al argumento raziano de la autoridad del derecho, en 1998 aparece un nuevo argumento derivado del anterior denominado la “tesis de la diferencia práctica” (*the practical difference thesis*). Por medio de este argumento, Shapiro afirma que las versiones incluyentes del positivismo jurídico impiden que las reglas

<sup>694</sup> *Ibidem*, p. 107.

<sup>695</sup> *Idem*.

puedan cumplir con su función de guía de la conducta de los jueces y de los demás individuos. Es decir, en definitiva, las reglas incluyentes son incapaces de afectar o generar algún tipo de diferencia práctica en las personas a las que se les aplican. A continuación, se analizará este argumento y se desarrollará el debate que generó.

### 1. *Exposición de la tesis*

Para comprender la tesis de la diferencia práctica es conveniente entender primero el dilema al que, a juicio de Shapiro, se enfrentan muchos modelos de toma de decisiones. Este dilema sugiere que una persona no puede ser guiada a la vez por las reglas y por las normas morales. Así, o bien las personas siguen a las reglas, o bien actúan moralmente, pero no pueden seguir a la vez a las reglas y a la moral. Esto se debe a que si las personas hacen lo que dice una regla pero sólo después de pensar moralmente, estas personas no son guiadas por dicha regla sino solamente por el balance de razones. En cambio, si hacen lo que dice la regla sin hacer un balance de razones, entonces no actúan moralmente.<sup>696</sup> Para Shapiro, el único modo de escapar a este dilema es adoptando un modelo de toma de decisiones que denomina “modelo limitado”. Este modelo sostiene que los seres humanos están dotados de la habilidad psicológica para interiorizar las reglas. Esto significa una capacidad para crear en uno mismo una disposición mental que permite hacer cosas que los escrúpulos morales de otro modo no permitirían hacer. Así, si una persona interioriza unas reglas de forma tal que le resultan obligatorias, cuando llegue el momento en que la moral y las reglas difieran, no será posible pensar en las consideraciones morales que difieren con obedecer las reglas. A modo de comparación, Shapiro afirma que al adoptar una regla se hace internamente lo que Ulises hizo externamente al atarse a sí mismo al mástil. A partir de estas afirmaciones, concluye que gracias a esta capacidad de interiorización de los seres humanos, no es cierto que el derecho coloque a los jueces en la trágica situación de elegir entre seguir las reglas o actuar conforme a la moral. Para Shapiro, si se interioriza una regla, lo moralmente requerido no es una opción posible para los jueces. De esta manera, desde que existen razones morales poderosas para interiorizar

<sup>696</sup> Cfr. Shapiro, S., “Judicial Can’t”, en Villanueva, E. (ed.), *Legal and Political Philosophy*, Amsterdam-Nueva York, Rodopi, 2002, pp. 182 y 183.

las reglas, y desde que han sido psicológicamente incapacitados para prestar atención a las razones morales que van en contra de aplicar una regla en un caso particular, quienes sigan las reglas no pueden ser juzgados por obedecerlas. Así, las personas son capaces de obrar moralmente y de acuerdo a las reglas.<sup>697</sup>

Para Shapiro, los modelos de toma de decisión que no son “limitados” fallan porque ignoran el aspecto “volitivo” de las reglas. Este aspecto de las reglas hace que una persona comprometa sus decisiones futuras, cerrando la posibilidad de comportamientos futuros inconsistentes con dichas reglas. En concreto, sostiene que esta eliminación de la posibilidad de elegir es lo que da sentido a la existencia de las reglas. Así, no hay un comportamiento guiado por las reglas cuando falta este límite, o cuando la persona obraría del mismo modo en el futuro si este límite no existiese. Por esto, afirma que si una regla es relevante para el razonamiento práctico debe afectar a la viabilidad de una acción futura.<sup>698</sup> De hecho, considera que los modelos que no son “limitados” están forzados a sostener que las reglas pueden requerir que las personas tomen decisiones irracionales. Por ejemplo, en el caso de que unas personas se comprometan con un “presupuesto”, bajo un modelo que no es “limitado”, estas personas considerarán en el futuro que para maximizar su utilidad no deben seguir lo que establece dicho presupuesto —ya que deben adaptarlo al nuevo periodo—. Sin embargo, bajo un modelo “limitado”, quienes siguen las reglas del presupuesto no tienen otra opción más preferible.<sup>699</sup>

De esta forma, Shapiro sostiene que para que una regla guíe nuestro comportamiento debe hacer una diferencia relevante en nuestro razonamiento práctico de forma tal que afecte nuestras acciones futuras. En concreto, considera que una persona es guiada por una regla R, si y sólo si: (1) esa persona obra conforme a R; (2) el reconocimiento de que R es aplicable fuerza a la persona a que obre conforme a R, haciendo que la no conformidad con R sea inviable; (3) la persona cree que si le falta la motivación de R no obraría conforme a R. Para Shapiro, este modelo se diferencia de otros principalmente porque considera que cuando una persona

<sup>697</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 203-206. Algunas críticas a la propuesta de Shapiro pueden verse en Katz, L., “Comments on Scott Shapiro”, en Villanueva, E. (ed.), *Legal and Political Philosophy*, cit., nota 696, pp. 217-225 y Alexander, L., “Rule-Guidance, Rationality and Constraint”, en Villanueva, E., (ed.), *Legal and Political Philosophy*, cit., pp. 209-215.

<sup>698</sup> Cfr. Shapiro, S. J., “The Difference That Rules Make”, en Bix, B. (ed.), *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory*, cit., nota 323, p. 39.

<sup>699</sup> *Ibidem*, p. 46.



es guiada por una regla: (a) esa persona obra conforme a la regla porque no tiene otra opción; (b) esa persona actúa de forma diferente a como lo haría sin la motivación de la regla.<sup>700</sup>

Toda esta elaboración acerca del papel de las reglas en el razonamiento práctico permite a Shapiro concluir que si la idea de que las reglas deben ser prácticamente relevantes es tomada en serio, entonces ciertas versiones sobre la naturaleza de las reglas —como la propuesta por el ILP— deben ser rechazadas. En concreto, Shapiro afirma que “una vez que un agente está motivado a obrar siguiendo la parte incluyente de una regla de reconocimiento y entiende cómo aplicarla, las reglas primarias que están pretendidamente validadas por esa parte de la regla [de reconocimiento] no pueden generar una diferencia práctica”.<sup>701</sup>

Con base en estas afirmaciones, Shapiro trata de demostrar que la salida ofrecida por Hart a los desafíos que Dworkin le impuso y que fue plasmada en su positivismo *soft* resulta incompatible con el resto de su teoría del derecho.<sup>702</sup> Con esta finalidad, observa cómo la concepción de Hart descansa en la idea de que el derecho está formado por un conjunto de reglas que guían el comportamiento. Más aún, considera el hecho de que en la teoría de Hart prime la idea de que el comportamiento debe ser guiado por las normas como un reflejo del compromiso profundo de este autor con una concepción funcionalista del derecho.<sup>703</sup> En definitiva, para Shapiro una parte esencial de la teoría de Hart afirma que el derecho debe ser capaz de hacer una diferencia práctica proveyendo una guía tanto de tipo *epistémico* como por *motivación*. La guía por motivación ocurre cuando las reglas otorgan razones para la acción. Así, alguien es guiado por motivación por una norma cuando la conformidad de esta persona con la regla está motivada por el hecho de que la regla regula esa conducta en cuestión. Por lo tanto, “estar motivado para actuar conforme a una regla jurídica sólo por la regla misma implica creer que la regla es un estándar de conducta legítimo y que se actúa conforme a esa convicción”.<sup>704</sup> En cambio, “una persona está guiada epistemológica-

700 *Ibidem*, p. 47.

701 *Ibidem*, p. 58.

702 *Cfr.* Shapiro, S. J., “On Hart’s Way Out”, *cit.*, nota 576, pp. 149-191.

703 Para Shapiro, una teoría funcionalista considera que los sistemas jurídicos existen, y existen de un modo particular, porque sirven a ciertas funciones. *Cfr. idem*, p. 187. Para ver cómo Shapiro fundamenta su visión de que la teoría de Hart es funcionalista. *Cfr. ibidem*, p. 187-189.

704 *Ibidem*, p. 173.

mente por una regla jurídica cuando aprende sus obligaciones jurídicas de la regla que ha sido provista por quienes tienen autoridad y sus conductas son conformes a esa regla”.<sup>705</sup> No obstante, este tipo de guía no implica que las personas se encuentren motivadas por la regla que los guía epistémicamente.

Para Shapiro, Hart afirma que la función esencial del derecho está relacionada con su papel de guía epistémica para los ciudadanos comunes. No obstante, Shapiro considera que esta afirmación parece que no puede ser aplicada también a los funcionarios jurídicos. A su juicio, la regla de reconocimiento debe cumplir un papel de guía por motivación para los jueces. Por esto, sostiene que el argumento del punto de vista interno presentado por Hart puede ser explicado mejor con el concepto de guía por motivación.<sup>706</sup> En síntesis, para Shapiro la tesis de Hart sobre la función de guía del derecho está compuesta por dos afirmaciones: “la función primordial del derecho es guiar epistémicamente la conducta de los ciudadanos ordinarios por medio de las reglas primarias y guiar por motivación la conducta de los funcionarios jurídicos por medio de las reglas secundarias”.<sup>707</sup>

Una vez definida la función de guía que tiene el derecho, Shapiro sostiene que las normas validadas bajo una regla de reconocimiento incluyente son incapaces de cumplir con la función de guía que tiene el derecho. Esto se debe a que, para Shapiro es difícil comprender cómo el derecho puede ser guía epistémica con normas que son validadas en virtud de su contenido moral. Para Shapiro, decirle a la gente que debe actuar según las reglas que los obligan es no decirles nada.<sup>708</sup> La autoridad supuestamente elimina los problemas asociados con las necesidades de las personas de distinguir por sí mismas entre las normas legítimas y las ilegítimas. Por esto, la autoridad que sólo puede ser identificada acudiendo a las mismas preguntas que esa autoridad supuestamente resuelve, no tiene utilidad alguna y es incapaz de cumplir con sus funciones epistémicas.<sup>709</sup>

<sup>705</sup> *Idem.*

<sup>706</sup> Sobre este punto, Shapiro aclara que Hart refina su percepción sobre la guía motivada. En un principio, Hart presenta la visión del punto de vista interno del derecho. Posteriormente, Hart no sólo exige una actitud crítica para que el derecho pueda guiar por motivación. Requiere, además, que el derecho sea tratado como una razón para la acción de contenido independiente y perentorio. *Cfr. ibidem*, pp. 175-177.

<sup>707</sup> *Ibidem*, p. 175.

<sup>708</sup> *Ibidem*, p. 177.

<sup>709</sup> *Ibidem*, pp. 177 y 178.

Si bien no es necesario guiar epistémicamente a los jueces, estos deben ser guiados por motivación. Para Shapiro, esto también es un problema para las normas validadas bajo una regla de reconocimiento incluyente. A su juicio, estas normas son incapaces de proveer una guía por motivación, porque la regla de reconocimiento por sí misma es siempre suficiente para otorgarle al juez la respuesta jurídica correcta.<sup>710</sup> En síntesis, “las reglas morales que son válidas en virtud de su contenido no pueden cumplir ninguna de sus funciones esenciales. No pueden guiar la conducta de los ciudadanos ni la de los jueces”.<sup>711</sup>

Para Shapiro, su argumento puede ser dirigido contra todas las versiones del ILP. A su juicio, existen al menos dos versiones del ILP que pueden diferenciarse según el papel que cada una otorga a la moral. Una versión del ILP permite que los principios morales cuenten como condición *suficiente* de juridicidad. Esta versión del ILP es, a juicio de Shapiro, la única de estas versiones capaz de superar los desafíos que Dworkin impone al positivismo jurídico. La otra versión del ILP admite a la moral sólo como una condición *necesaria* de juridicidad. Si bien para Shapiro las reglas de reconocimiento de ambas versiones del ILP son incapaces hacer una diferencia práctica, esta última versión del ILP también es, a su juicio, incapaz de responder los desafíos de Dworkin.<sup>712</sup>

Si bien Shapiro aclara expresamente el alcance de su argumento, debido a que puede parecer que dicho argumento sólo afecta a la versión del ILP que admite que la moral sea una condición *suficiente* de juridicidad, este autor dedica un argumento especial contra la versión del ILP que admite a la moral sólo como una condición *necesaria* de validez. El argumento es similar al presentado anteriormente contra la otra versión del ILP, pero no es exactamente igual. Shapiro aclara que con este argumento no pretende afirmar que la norma supuestamente validada por una regla de reconocimiento incluyente que toma a la moral como una condición *necesaria* de juridicidad no pueda hacer una diferencia práctica. Para este autor, el problema aquí es que esa norma no puede hacer una diferencia práctica del *modo en que* se supone que las reglas hacen esta diferencia —esto significa, en virtud de su juridicidad e independientemente de su contenido—. <sup>713</sup> Es decir, afirma que si alguien es

710 *Ibidem*, pp. 178 y 179.

711 *Ibidem*, p. 180.

712 *Ibidem*, pp. 182 y 183.

713 *Ibidem*, p. 185.

guiado por una regla de reconocimiento que hace de la moral una condición *necesaria* de validez, esta persona no puede ser guiada por una regla que pase ese test. No puede ser guiada en ningún sentido. Es decir, esa persona no puede ser guiada de forma epistémica porque no puede aprender sus obligaciones jurídicas de esa regla, debido a que para saber si debe aplicar esa norma debe deliberar sobre los méritos de seguirla.<sup>714</sup> Además, para Shapiro, una norma validada por una regla de reconocimiento que hace de la moral una condición *necesaria* de validez también es incapaz de guiar por motivación, ya que exige al agente deliberar sobre los méritos de aplicar esa regla.<sup>715</sup> En síntesis, “si se requiere del agente que determine si una regla debe ser seguida con base en sus méritos, entonces la regla no puede contar como una herramienta epistémica para designaciones autoritativas ni como una razón perentoria para la acción”.<sup>716</sup>

Para Shapiro, normas constitucionales como la cláusula de protección de la igualdad no forman parte de la regla de reconocimiento, sino que están construidas, en algún sentido, dentro de toda norma del sistema. Así, esta forma de individualizar las normas no parece ofender la idea de que las normas deben ser capaces de guiar las conductas, ya que siguiendo una norma como ésta no se evalúa si la norma entera —por ejemplo, sus recomendaciones y sus condiciones de aplicabilidad— respeta la igualdad, es extremadamente injusta, etcétera. En definitiva, para Shapiro los problemas sólo surgen cuando cláusulas como la de la injusticia extrema “no son observadas como parte de una regla jurídica *existente* sino como parte del test que determina la *existencia* de una regla jurídica”.<sup>717</sup>

De todo lo expuesto Shapiro concluye que la adopción por parte de Hart del ILP a fin de superar las críticas que su versión del positivismo jurídico sufrió por parte de Dworkin, resulta incoherente con su concepción del derecho según la cual toda regla tiene la función de guiar conductas, pues para esto debe poder hacer una diferencia práctica.<sup>718</sup> No obstante, si bien Shapiro rechaza la salida que Hart encuentra para superar las críticas que había recibido, no da la razón a Dworkin. Shapiro cree que la solución a las críticas de Dworkin no se encuentra en recha-

714 *Ibidem*, pp. 184 y 185.

715 *Ibidem*, p. 185.

716 *Idem*.

717 *Idem*.

718 *Ibidem*, p. 189.

zar la tesis del pedigrí, sino en rechazar el modo en que Dworkin interpreta la tesis de la discrecionalidad. Es decir, para Shapiro el ELP comparte con Dworkin la idea de que una regla de reconocimiento positivista posee criterios de validez de tipo pedigrí. Además, puede conceder sin problemas que los tribunales de los sistemas jurídicos anglosajones pueden estar obligados a aplicar algún principio moral. Lo que no admite es que por esta razón esos principios morales se conviertan en normas jurídicas.<sup>719</sup>

Con respecto a la interpretación que Dworkin hace de la tesis de la discrecionalidad, afirma que si bien es cierto que los jueces tienen discrecionalidad cuando los estándares de pedigrí se quedan sin respuesta, esto sólo significa que los jueces no están obligados a aplicar una regla jurídica. Sin embargo, esto no implica que, en estos casos, los jueces no puedan estar obligados a aplicar principios extrajurídicos. En síntesis, para Shapiro un “juez puede estar jurídicamente obligado a aplicar principios extrajurídicos en orden a resolver una disputa no regulada jurídicamente”.<sup>720</sup>

Por último, Shapiro observa que en general las reglas de reconocimiento excluyentes son dinámicas porque la extensión de sus términos de fuentes sociales —como son los “mandatos del Poder Legislativo”, o las “reglas de los jueces”, o las “normas de costumbre”— son determinadas por hechos sociales y “de ahí ellos se expanden y retraen dependiendo del actuar de los funcionarios jurídicos o de los miembros de la comunidad”.<sup>721</sup> Para Shapiro, es gracias a la naturaleza dinámica que posee la regla de reconocimiento excluyente que tanto esta regla como las normas que valida son capaces de hacer una diferencia práctica. Debido a que la regla de reconocimiento es dinámica, su guía no necesariamente implica que los jueces deban actuar de la forma que especifica la regla primaria. Este espacio es el que permite que las reglas primarias hagan una diferencia práctica. Éstas guían las conductas porque siempre es posible imaginarse que estas normas pueden dejar de existir y, por lo tanto, el comportamiento atestiguado deja de ser debido, por más que los jueces sigan comprometidos con la misma regla de reconocimiento.<sup>722</sup>

719 *Ibidem*, p. 190.

720 *Ibidem*, p. 191.

721 *Ibidem*, p. 181.

722 *Idem*.

En contraste, Shapiro afirma que las reglas de reconocimiento incluyentes son estáticas. “El grupo posible de acciones motivadas se encuentra fijado desde sus inicios y nunca varía. El motivo de esto es simple: la moral es un sistema estático —no tiene «regla de cambio»—”.<sup>723</sup> Con esto, no obstante, no se están negando las afirmaciones de los relativistas morales. Para Shapiro, la validez de las normas morales puede depender de cada cultura en particular; sin embargo, las reglas de estos sistemas no cambian con el tiempo. Así, por más que puedan observarse cambios en las visiones morales de una cultura en particular, esto no significa que para esas culturas hayan cambiado sus normas morales, sino que consideran que lo que ha cambiado ha sido la visión que determina que reglas morales son las verdaderas. De esta manera, debido a que es parte del concepto de la moral el estar formado por un sistema normativo estático, las reglas de reconocimiento incluyentes deben ser reglas secundarias estáticas.<sup>724</sup> Todo esto implica que es conceptualmente imposible imaginar una situación en la que un juez esté motivado por una regla de reconocimiento incluyente pero que no actúe conforme a la regla primaria validada por ésta. “Esto significa que estas reglas morales no pueden hacer diferencias prácticas *qua* reglas jurídicas”.<sup>725</sup> Es decir, estas reglas morales no pueden guiar las conductas en virtud de su juridicidad. En definitiva, para Shapiro, la regla de reconocimiento incluyente absorbe las reglas morales primarias, imposibilitándolas para tener su propia existencia normativa como reglas jurídicas primarias. Por esto, afirma que si todas las reglas de reconocimiento fueran estáticas, el derecho sería un sistema normativo trivial, porque la única norma que existiría sería la regla de reconocimiento.<sup>726</sup>

## 2. Las respuestas incluyentes

Waluchow comienza su réplica contra la crítica de Shapiro preguntándose si la función que Shapiro atribuye al derecho debe ser adscrita a to-

<sup>723</sup> *Idem.*

<sup>724</sup> *Cfr. ibidem*, p. 182. Como se puede advertir, Shapiro utiliza los términos “estático” y “dinámico” en un sentido kelseniano. *Cfr.* Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, 2a. ed., Viena, 1960. Traducción de Vernengo, R., *Teoría pura del derecho*, México, Porrúa, 1998, pp. 203-205.

<sup>725</sup> Shapiro, S. J., “On Hart’s Way Out”, *cit.*, nota 576, p. 182.

<sup>726</sup> *Idem.*

das las normas individuales o al sistema jurídico en general. Para Waluchow, si bien algunos autores como Hart han argumentado la importancia que tiene para los sistemas jurídicos su función de guía, esto no tiene por qué ser interpretado como obligatorio para todas las normas. En síntesis, la tesis de la diferencia práctica falla al derivar —de forma errada— de la proposición de que los sistemas jurídicos deben hacer una diferencia práctica, que todas las normas deben hacer este tipo de diferencia.<sup>727</sup>

Waluchow especula que Shapiro no aceptará esta respuesta porque, desde su visión, las reglas de reconocimiento incluyentes quitan a todas las normas válidas según su criterio moral la capacidad de hacer una diferencia práctica. No obstante, para Waluchow esta afirmación depende en buena medida de la particular regla de reconocimiento incluyente que Shapiro tiene en mente y en el modo en que ésta se relaciona con los estándares morales. Waluchow recuerda que para Shapiro sólo el ILP que incorpora a la moral como una condición suficiente de validez es capaz de responder a las críticas de Dworkin contra el positivismo jurídico hartiano.

Por otra parte, nuestro autor considera que esta afirmación de Shapiro es equivocada. Para demostrarlo retoma el ejemplo de *Riggs vs. Palmer* en que se basa la posición de Shapiro y se pregunta si el principio que no permite beneficiarse del propio dolo (*non-profit principle*) es: (a) una norma validada por una regla de reconocimiento incluyente; o (b) un principio contenido en una regla de reconocimiento, como un criterio de validez para otros estándares jurídicos. Para Shapiro la respuesta correcta es (a), porque desde su visión del caso *Riggs* la “verdad” como principio moral es el criterio moral relevante y suficiente de validez, y el principio que no permite beneficiarse del propio dolo es una norma jurídica validada por este criterio general. Sin embargo, para Waluchow la opción correcta es (b). Desde esta visión, el principio que no permite beneficiarse del propio dolo no es una norma jurídica primaria validada por un criterio de la regla de reconocimiento, sino que es un criterio de validez, es decir, forma parte de la regla de reconocimiento.<sup>728</sup>

Waluchow concluye, pues, que el principio que no permite beneficiarse del propio dolo funciona como una condición necesaria de validez. De

<sup>727</sup> Waluchow, W., “Authority and the Practical Difference Thesis: A Defense of Inclusive Legal Positivism”, *Legal Theory*, 6, núm. 1, 2000, p. 76.

<sup>728</sup> *Ibidem*, pp. 76 y 77.

hecho considera que es difícil imaginar cómo este principio podría funcionar como condición suficiente de validez, ya que existe un número potencialmente ilimitado de estándares que satisfacen este criterio de validez. La aceptación de este principio como criterio suficiente de validez es contraria a la idea de Raz de que el derecho tiene límites. Además, el ilimitado potencial de normas que pueden ser validadas por una regla de reconocimiento de este tipo puede generar que muchas normas sean válidas e incompatibles, situación que parece inconsistente con la idea de que el derecho posee una habilidad para funcionar como una guía práctica. Por todo esto, para Waluchow el principio que no permite beneficiarse del propio dolo “no puede nunca servir como condición suficiente de validez jurídica de otros estándares”.<sup>729</sup>

Más allá del argumento de Waluchow que sugiere que la tesis de la diferencia práctica sólo afecta una visión del ILP que incorpora la moral como una condición suficiente de validez jurídica, y de su defensa del ILP que incorpora la moral como una condición necesaria de validez jurídica, para Shapiro una regla de reconocimiento que incorpora la moral como una condición necesaria de validez tampoco permite que las normas validadas por ésta puedan guiar epistémicamente a los ciudadanos, ni por motivación a los jueces. Para Waluchow, los argumentos propuestos por Shapiro se basan en la visión de la autoridad del derecho propuesta por Raz. Por esto, remite su respuesta a este argumento de Shapiro a su réplica —desarrollada en el epígrafe anterior— contra Dare a propósito de su crítica al argumento de autoridad de Raz. Para Waluchow, así como la directiva de un árbitro puede proveer sólo una guía parcial, una norma validada por una regla de reconocimiento que incorpora un principio moral como condición necesaria de validez puede sólo proveer una guía epistémica parcial. Además, a juicio de este autor, esta norma puede guiar por motivación decidiendo por una solución entre un número indefinido de soluciones acordes con el principio moral que recoja la regla de reconocimiento.<sup>730</sup>

Para Waluchow, una regla de reconocimiento incluyente que incorpora a la moral como una condición necesaria de validez no anula el significado práctico de la norma validada —en el sentido de guía o motivación—, aunque sólo sea porque siempre habrá otras condiciones —como

<sup>729</sup> *Ibidem*, p. 77.

<sup>730</sup> *Ibidem*, p. 78.



la promulgación o cristalización— que deban ser cumplidas para que esa norma sea válida. Así, para saber qué hacer uno debe saber —como si se tratase de una norma excluyente— qué normas fueron promulgadas o qué principios han cristalizado, como también si éstos violan la condición de validez moral impuesta. En síntesis, una norma validada por una regla de reconocimiento incluyente que incorpora a la moral como una condición necesaria de validez hace una diferencia práctica porque es necesario saber más que sólo el hecho de que la norma sea conforme a la condición moral.<sup>731</sup> A su juicio, esto mismo es lo que permite que las normas incluyentes —las cuales en parte están formadas por la moral, expresada como condición necesaria de validez— sean dinámicas en el sentido que Shapiro le da al término.<sup>732</sup>

Tras estas réplicas, Waluchow afirma que su intención y la de Hart —junto con la de la mayoría de los defensores del ILP— es defender una versión del positivismo incluyente que incorpora a la moral sólo como una condición necesaria de validez. Por esto, afirma que el argumento de Shapiro expresado en la tesis de la diferencia práctica sólo es capaz de dañar la versión del ILP que admita la incorporación de la moral como una condición suficiente de validez.<sup>733</sup> Por último, Waluchow considera que la crítica que afirma que una versión del ILP como la que sostiene es incapaz de responder a la crítica de Dworkin contra el positivismo hartiano, surge de la equivocada premisa de que algunos principios morales son jurídicos aun en ausencia de algún estándar de pedigrí que los cristalice o los proclame. Para Waluchow no resulta claro que los principios que surgen en *Riggs* sean aplicados por los jueces simplemente por ser moralmente valiosos. A juicio de este autor, se puede argumentar que el principio que no permite beneficiarse del propio dolo posee una extensa historia de uso por los tribunales. De hecho, se puede argumentar que todos los principios utilizados por los jueces como jurídicamente obligatorios poseen una historia de uso que resulta perfectamente asimilable a un criterio de pedigrí.<sup>734</sup>

<sup>731</sup> Cfr. Moreso, J. J., “En defensa del positivismo jurídico incluyente”, *cit.*, nota 668, p. 109.

<sup>732</sup> Cfr. Waluchow, W., “Authority and the Practical Difference thesis: A Defense of Inclusive Legal Positivism”, *cit.*, nota 727, p. 79.

<sup>733</sup> *Ibidem*, pp. 79 y 80.

<sup>734</sup> *Ibidem*, p. 80.

A lo largo de los años, Coleman ha cambiado su argumentación contra la tesis de la diferencia práctica presentada por Shapiro. En “Second Thoughts and Other First Impressions”<sup>735</sup>, Coleman observa la posibilidad de responder a la crítica de Shapiro afirmando que puede que el estatus de derecho no necesariamente implica que éste haga una diferencia práctica. Es decir, que algunas normas pueden hacer una diferencia práctica y otras no son capaces de hacerlo, aunque esto no afecta su estatus de derecho.<sup>736</sup> No obstante, ofrece una respuesta más categórica contra Shapiro. En esta sugiere que si bien puede ser cierta la afirmación de Shapiro según la cual el ILP y la tesis de la diferencia práctica son incompatibles, debido a que la regla de reconocimiento incorporacionista es la única capaz de explicar cómo se otorga la validez jurídica a las normas en las democracias liberales modernas, es necesario reconsiderar la afirmación que sostiene que el derecho debe ser capaz de hacer una diferencia práctica.<sup>737</sup>

En “Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis”,<sup>738</sup> Coleman continúa desarrollando el argumento anteriormente enunciado. Para él, si hay que elegir entre el ILP y la tesis de la diferencia práctica, es necesario observar cuál de estas teorías nos sirve mejor para responder a los problemas fundamentales del derecho. Para Coleman, la única clase de regla de reconocimiento que es capaz de describir exacta y satisfactoriamente el criterio de juridicidad de las democracias liberales modernas es una que permita tests morales o sustantivos y no sólo de pedigrí. Por esto, si es necesario rechazar alguna de las tesis por ser incompatibles, en lugar de rechazarse las reglas de reconocimiento incluyentes se debe rechazar la tesis de la diferencia práctica.<sup>739</sup> No obstante, para Coleman el contenido de la tesis de la diferencia práctica, que sugiere que el derecho es una práctica social normativa, puede ser compatible con el ILP. A su juicio, la tesis de la diferencia práctica afirma dos proposiciones diferentes y relacionadas: (1) necesariamente el derecho pretende hacer una diferencia práctica; (2) para que *1* sea verdad, todo derecho debe ser en principio capaz de hacer una diferen-

<sup>735</sup> Cfr. Coleman, J., “Second Thoughts and Other First Impressions”, en Bix, B. (ed.), *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory*, cit., nota 323, pp. 257-322.

<sup>736</sup> *Ibidem*, p. 277.

<sup>737</sup> *Ibidem*, pp. 277 y 278.

<sup>738</sup> Coleman, J., “Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis”, cit., nota 625, pp. 99-147.

<sup>739</sup> *Ibidem*, pp. 145 y 146.

cia práctica. Coleman rechaza 1; sin embargo, cree que es posible hacer esto sin negar 2. Al abandonar 1, Coleman propone buscar otra forma de darle expresión a la idea de que el derecho es una práctica social normativa. Para él esta afirmación implica solamente que la mayoría de las normas, la mayoría de las veces hacen una diferencia práctica. Es decir, “el derecho normalmente afecta las acciones ofreciéndose como guía y estructurando las deliberaciones. [Así,] la importancia y el interés del derecho dependen de que tenga estos efectos”.<sup>740</sup>

Unos años más tarde en *The Practice of Principle*<sup>741</sup> Coleman reconsidera su posición y afirma que no hay necesidad de abandonar la tesis de la diferencia práctica para salvar al ILP. Además, Coleman sugiere que el positivismo de Hart no puede ser interpretado como una teoría metafísica esencialista sobre el derecho o como una teoría normativa aparentemente desfavorable para el positivismo. A juicio de este autor, Hart es escéptico respecto a los planteamientos esencialista o funcionalista. Por esto, el profesor inglés simplemente intenta ofrecer una hipótesis explicativa científica y social. Esta hipótesis sugiere básicamente que el derecho sirve a una variedad de intereses humanos y lo hace por medio de reglas que guían las conductas por medio de razones. Por otra parte, esta hipótesis permite explicar cómo, más allá de la diversidad de propósitos y objetivos, las estructuras y las formas de los sistemas jurídicos complejos son similares. Así, para Hart, todos los sistemas jurídicos están formados por reglas primarias y secundarias, en las que se incluyen las reglas de reconocimiento, las reglas de cambio y las reglas de adjudicación.<sup>742</sup>

Para Coleman, este proyecto sociológico con fines explicativos es el que anima un análisis conceptual del derecho. Por esto, a su juicio, la afirmación de que el derecho debe ser capaz de guiar las conductas no debe ser tomada como una verdad absoluta descubierta por medio de una reflexión *a priori* sobre nuestro concepto de derecho. En cambio, debe ser interpretada como una teoría popular (*folk theory*) del concepto del derecho. Es decir, la afirmación de que el derecho debe ser capaz de guiar las conductas está formada por “nuestras concepciones preteóricas sobre el tipo de cosa que es o debe ser el derecho”.<sup>743</sup> En definitiva, Co-

<sup>740</sup> *Ibidem*, p. 146.

<sup>741</sup> *Cfr. POP*, pp. 134-148.

<sup>742</sup> *Ibidem*, p. 145.

<sup>743</sup> *Ibidem*, p. 146.

leman sostiene que la tesis de la diferencia práctica no debe ser interpretada como una afirmación conceptual que resulta incompatible con el ILP. De hecho, por más que la mejor explicación de la existencia, persistencia y forma del derecho coloque a su capacidad de guiar como una función suya, esto no justifica que toda norma deba contribuir a esta función del mismo modo. En síntesis, su rechazo final de la versión fuerte de la tesis de la diferencia práctica no niega que el derecho como un todo deba ser capaz de hacer una diferencia práctica, ni que la mayoría de las normas rigen creando razones para la acción. Lo único que niega es que “una regla no puede ser una regla jurídica salvo que sea capaz de hacer una diferencia práctica”.<sup>744</sup>

Otro de los autores que se propone defender al ILP contra la tesis de la diferencia práctica es Matthew Kramer. Con esta finalidad, este autor en primer lugar defiende un tipo de positivismo incluyente. En concreto, defiende la visión de que los principios morales pueden ser una condición necesaria para que una norma sea jurídica.<sup>745</sup>

A juicio de Kramer, la crítica de Shapiro basada en la tesis de la diferencia práctica se dirige principalmente contra las versiones del ILP que afirman que la moral puede ser incorporada al derecho como una condición suficiente de validez —como propone el incorporacionismo de Coleman—. Para Shapiro, cuando los funcionarios se adhieren a una regla de reconocimiento incorporacionista, las normas jurídicas validadas por dicha regla no son razones para las decisiones que toman. Esto se debe a que esas razones residen enteramente en la regla de reconocimiento. En cambio, las reglas de reconocimiento no incorporacionistas otorgan validez a normas que son razones para los funcionarios en orden a alcanzar determinados resultados. Esto es importante para Shapiro, ya que de esto depende la posibilidad de que el derecho cumpla con uno de sus roles fundamentales: el papel de guiar y dirigir la conducta de las personas.<sup>746</sup> Para Kramer, cuando esta crítica es dirigida contra la versión del ILP que sostiene que los principios morales pueden ser una condición necesaria para que una norma sea jurídica, la crítica se vuelve superflua.<sup>747</sup>

<sup>744</sup> *Ibidem*, p. 147.

<sup>745</sup> Cfr. Kramer, M., “How Moral Principles Can Enter into Law”, *Legal Theory*, 6, núm. 1, 2000, p. 83.

<sup>746</sup> *Ibidem*, pp. 84-86.

<sup>747</sup> *Ibidem*, p. 87.

Por esto, para Kramer la crítica central de Shapiro es contra las reglas de reconocimiento de tipo incorporacionista, porque éstas parecen preordenar toda decisión concreta adjunta, y eso vuelve superfluo cualquier principio moral que sea validado como norma jurídica. Como esta crítica no puede ser aplicada contra la versión del ILP que incorpora a la moral como una condición necesaria de validez, Shapiro no afirma que la regla de reconocimiento de esta versión del ILP sea incapaz de constituir razones para que los funcionarios tomen decisiones concretas, pero sí sostiene que las razones que genera ese tipo de regla de reconocimiento no participan de la fuerza excluyente o perentoria que es característica de las directivas autoritativas genuinas. Así, si este tipo de regla de reconocimiento requiere que el agente determine si una norma debe ser seguida con base en sus méritos, entonces ésta no puede contar como una herramienta epistémica para designaciones autoritativas, ni como una razón perentoria para la acción. No obstante, Kramer considera que una razón excluyente es aquella que cancela algunos factores del balance de consideraciones por los que se puede actuar, pero no que elimina todos los factores de este tipo. Por esto, “el hecho de que la norma no descalifique ciertas consideraciones de contrapeso es una cuestión que afecta sólo al *alcance*, y no a la *existencia*, de la perentoriedad”.<sup>748</sup> Por todo esto, Kramer sostiene que parece incorrecta la afirmación de Shapiro de que las normas jurídicas validadas por una regla de reconocimiento incluyente que incorpora a la moral como una condición necesaria de validez no pueden guiar el comportamiento de los ciudadanos de forma perentoria.<sup>749</sup>

Además de estas observaciones, Kramer se pregunta por qué autores como Coleman y Soper sostienen una versión del ILP que admite la incorporación de la moral como una condición suficiente de validez. Su respuesta es que ambos buscan responder con eficacia a las críticas de Dworkin contra el positivismo jurídico. Antes de defender una posible versión incorporacionista contra el ELP, Kramer aclara que en ningún momento defiende la idea de que los criterios morales que se incorporan a una regla de reconocimiento deben ser expresados de una forma en particular. A su juicio, si los funcionarios aplican los principios morales como una condición necesaria o suficiente de validez, depende de su

<sup>748</sup> *Ibidem*, p. 91.

<sup>749</sup> *Idem*.

comportamiento. Esto es una cuestión contingente que puede cambiar de un sistema a otro. Además, considera que Coleman afirma de forma demasiado amplia que el positivismo jurídico no presupone ningún límite en la sustancia del criterio que compone la regla de reconocimiento.<sup>750</sup>

Para Kramer, un sistema jurídico debe superar un cierto umbral de regularidad en su funcionamiento para existir como tal. La pregunta entonces es si una regla de reconocimiento incorporacionista puede generar una regularidad suficiente para permitir la existencia del sistema jurídico. A diferencia del análisis de Shapiro sobre la funcionalidad de los sistemas jurídicos, Kramer considera que la cuestión sobre la regularidad del criterio de validez incorporacionista no es meramente conceptual. Específicamente, para Kramer, esta cuestión depende de la premisa empírica relativa a la imposibilidad de eliminar los extensos desacuerdos que existen sobre cuál es el modo apropiado de resolver los problemas morales no rutinarios. Para enfrentar la pregunta que se acaba de plantear, Kramer considera que es necesario aclarar los contornos del incorporacionismo. Por esta razón, distingue entre dos posibles versiones del incorporacionismo. Por un lado, el incorporacionismo fuerte establece que la valoración moral es una condición suficiente —es decir, que ella sola basta— para otorgar el estatus de jurídica a alguna norma. Por el otro, el incorporacionismo moderado establece que la valoración moral es una condición suficiente para otorgar el estatus de jurídica a alguna norma sólo en los casos difíciles que no pueden ser resueltos por referencia a las normas jurídicas que surgen de otras fuentes.<sup>751</sup>

Para Kramer, no hay razones para descartar la versión moderada del incorporacionismo, ya que parece una forma consistente de responder los desafíos de Dworkin. Sin embargo, a su juicio, un régimen que abraza la versión fuerte de la regla de reconocimiento incorporacionista difícilmente puede generar el grado de regularidad que es prerequisite para la funcionalidad de un sistema jurídico. Para Kramer esto es así no porque se suponga la indeterminación de los valores morales verdaderos, sino por su frecuente indemostrabilidad y el carácter controvertido que de ella deriva.<sup>752</sup> A diferencia de la versión fuerte del incorporacionismo, la versión moderada no provoca la sensación de un gran desacuerdo entre los funcionarios cuando determinan el derecho. Esto se debe a que, en esta

<sup>750</sup> *Ibidem*, pp. 92 y 93.

<sup>751</sup> *Ibidem*, pp. 94-96.

<sup>752</sup> *Ibidem*, pp. 96-99.

versión, el posible desacuerdo sólo se da con referencia a los casos difíciles, lo cual significa que existe una uniformidad general de juicios en la gran mayoría de los casos. Además, si bien hay que admitir que en los casos difíciles los principios morales no pueden guiar la conducta de las personas —observación crítica que hace Shapiro contra el ILP—, los jueces no utilizan estos preceptos para ser guiados, sino con la finalidad de terminar con las disputas. Para nuestro autor, esto sería una complicación si fuese un problema general del sistema jurídico, pero es inevitable y poco problemático cuando está confinado sólo a los casos difíciles. Por último, Kramer observa que la versión moderada del incorporacionismo no deja a los jueces libres de decidir en los casos difíciles de la manera que quieran. En síntesis, para Kramer la versión moderada del incorporacionismo puede salvarse de las dificultades que aquejan a la versión más fuerte.<sup>753</sup>

Para finalizar, Kramer advierte que, si bien tanto el incorporacionismo como el ELP admiten que los jueces de algunos sistemas jurídicos utilizan principios morales para resolver los casos difíciles, y también reconocen que la utilización de estos principios en estos casos es obligatoria y no meramente discrecional, estas teorías difieren acerca de si estos preceptos son normas jurídicas. Para el ELP estos preceptos no son normas jurídicas; se parecen más a las reglas de las asociaciones deportivas o al derecho extranjero, ordenamientos que excepcionalmente deben aplicar los jueces. En cambio, para el incorporacionismo estos preceptos son normas jurídicas que pertenecen al sistema jurídico que los aplica. Para lograr determinar esta cuestión, y en definitiva determinar si el incorporacionismo moderado es preferible al ELP, Kramer analiza el tipo de componentes con el que ambas teorías creen que se forman los principios morales que son utilizados para resolver los casos difíciles. De este análisis concluye que las reglas de las asociaciones deportivas y el derecho extranjero no poseen las condiciones necesarias y la disponibilidad para ser incorporados a un sistema jurídico. Estas normas son muy maleables y dependen de autoridades que se encuentran fuera del sistema jurídico que supuestamente las incorporaría. Por el contrario, los principios morales o las reglas de costumbre no se encuentran en el control efectivo de nadie. De hecho, no dependen de ninguna autoridad que se encuentra fuera del sistema jurídico que los incorpora. Hasta su incorporación de

<sup>753</sup> *Ibidem*, pp. 100-103.

manera formal en la regla de reconocimiento se encuentran flotando, libres de toda afiliación institucional (*free-floating*). Gracias a esto, se encuentran disponibles para ser incorporados y, por esto, se distinguen de otras normas que no pueden ser incorporadas —como las reglas del derecho extranjero—. <sup>754</sup>

Kramer concluye con una última aclaración. No obstante lo expuesto anteriormente, puntualiza que no todo recurso a los principios morales por parte de los jueces en un régimen incorporacionista moderado implica la aplicación de derecho preexistente. Esto se debe a que existen dos tipos de casos difíciles: (1) aquellos en los que existe una única posibilidad correcta de ordenar los principios morales; y (2) aquellos en los que no existe una única ubicación correcta para estos principios. En 1 una regla de reconocimiento incorporacionista moderada puede fijar el contenido del derecho prevalente. En cambio, en 2, si bien el recurso a la moral por parte de los funcionarios probablemente ayude a acotar el rango de posibles respuestas, la resolución definitiva no depende simplemente del balance de principios morales. Por lo tanto, en estos casos no se puede decir que se decidió conforme al derecho preexistente, ya que el derecho resulta indeterminado para este tipo de casos controvertidos. <sup>755</sup>

En síntesis, en un primer paso Kramer defiende una versión del ILP que incorpora a la moral sólo como una condición necesaria de validez frente a las críticas de Shapiro. En un segundo paso, defiende un incorporacionismo moderado —porque considera que sólo una versión del ILP que incorpora a la moral como una condición suficiente de validez es capaz de superar las críticas de Dworkin— frente a su versión fuerte —porque éste no asegura el grado de regularidad necesario para la existencia de un sistema jurídico— y frente al ELP —porque éste se equivoca en el sentido contrario al limitar más de lo necesario el criterio de validez para que un sistema jurídico pueda funcionar—. <sup>756</sup>

Kenneth Einar Himma observa, por su parte, que la crítica de Shapiro contra el ILP considera que la tesis de la incorporación es inconsistente con la concepción funcionalista del derecho de Hart. Por esto, para Shapiro, Hart debió haber abandonado o bien la tesis de la incorporación o bien su concepción del derecho. Contra esta crítica, Himma sostiene que existen algunas visiones correctas sobre la guía del derecho que no sólo

<sup>754</sup> *Ibidem*, pp. 103-107.

<sup>755</sup> *Ibidem*, p. 107.

<sup>756</sup> *Ibidem*, p. 108.



son compatibles con las reglas de reconocimiento incluyentes, sino que también satisfacen los criterios que Shapiro propone para que se dé la guía por motivación. Además, se cuestionan dos puntos en los que se sustentan los argumentos de Shapiro: (1) que la visión de Hart implica que el juez está guiado por motivación por las reglas primarias que aplica para decidir un caso; y (2) que asumir un “funcionalismo jurídico” implica la tesis de la diferencia práctica.<sup>757</sup>

Himma comienza analizando la versión del ILP que admite la incorporación de la moral como una condición necesaria de validez. A su juicio, algunos autores incluyentes sólo asumen el componente necesario del ILP por ser el más difícil de refutar para el ELP, debido a su proximidad a la tesis de las fuentes. No obstante, para él, autores como Hart asumen también el componente suficiente del ILP para poder acomodar su visión a las críticas de Dworkin.<sup>758</sup>

La crítica de Shapiro contra esta versión del ILP observa que un juez guiado por motivación por una regla de reconocimiento incluyente de este tipo no puede ser también guiado epistémicamente o por motivación por la regla validada. El juez no puede ser guiado epistémicamente por la regla validada porque no puede saber lo que esta regla le requiere sin deliberar sobre sus méritos morales. A su vez, tampoco puede ser guiado por motivación por esta regla, ya que al deliberar sobre sus méritos esta regla no puede ser tomada como una razón perentoria para la acción. Himma acepta que en algunos de sus trabajos Hart busca excluir las deliberaciones sobre el mérito de aplicar una norma en un caso determinado. No obstante, en su opinión, el ILP puede aceptar el enfoque de Hart sobre las razones perentorias como si fuera una visión objetiva sobre el tipo de razones que el derecho reconoce que justifica su incumplimiento, rechazando la visión subjetiva de las razones perentorias según la cual el derecho guía el comportamiento por motivación.<sup>759</sup>

Para Himma, la diferencia entre estas dos visiones sobre las razones perentorias es importante. La tesis de las razones perentorias construida como una visión justificatoria implica que, en la medida que el derecho pretende cerrar la deliberación sobre los méritos, el incumplimiento del derecho no puede ser jurídicamente justificado por consideraciones rela-

<sup>757</sup> Cfr. Himma, K., “H. L. A. Hart and the Practical Difference Thesis”, *Legal Theory*, 6, núm. 1, 2000, p. 2.

<sup>758</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>759</sup> *Ibidem*, p. 9.

tivas a una deliberación. Pero que alguien no pueda justificar su acción por la deliberación de los méritos del derecho no implica que pueda estar motivacionalmente guiado por el derecho sólo en la medida que renuncia a deliberar sobre sus méritos. Para nuestro autor, este argumento es viable para el ILP debido a que la visión de Hart sobre las razones perentorias y la guía motivacional son extrañas a las tesis conceptuales del positivismo, como son la tesis de la convencionalidad, de los hechos sociales y la de la separabilidad. Estas últimas son las tesis que constituyen el núcleo esencial del positivismo jurídico, que aceptan todos los positivistas, incluyendo a Hart.<sup>760</sup>

Himma considera que “una regla de reconocimiento incluyente que requiere que las reglas con una fuente autoritativa satisfagan ciertas restricciones morales como condición de validez puede hacer una diferencia práctica —mientras que hacer una diferencia práctica no sea equiparado con la teoría de las razones perentorias—”.<sup>761</sup> De hecho, para nuestro autor las reglas de reconocimiento incluyentes que poseen un componente necesario son casi tan dinámicas como las reglas de reconocimiento excluyentes. Esto se debe a que en la mayoría de los casos la autoridad tiene muchas maneras distintas de regular un comportamiento de forma consistente con el principio moral incorporado. Así, un juez motivado por una regla de reconocimiento con un componente necesario también puede ser motivado por una norma validada por esa regla de reconocimiento, porque este juez siempre puede imaginarse que esa norma puede dejar de existir o haber sido reemplazada por otra norma. En síntesis, para Himma el argumento de Shapiro contra el componente necesario del ILP “falla porque se focaliza en una visión de la guía por motivación que es extraña a todos los otros compromisos centrales del positivismo”.<sup>762</sup>

Shapiro también critica la versión incluyente que admite la incorporación de la moral como condición suficiente de validez. Para Shapiro, una regla de reconocimiento excluyente puede hacer una diferencia práctica en la deliberación de un juez porque es dinámica. Es decir, porque las normas validadas por esta regla de reconocimiento pueden dejar de existir o cambiar. No obstante, la regla de reconocimiento incluyente que in-

<sup>760</sup> *Idem* y Himma, K., “Inclusive Legal Positivism”, en Coleman y Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, cit., nota 141, p. 161.

<sup>761</sup> Himma, K., “H. L. A. Hart and the Practical Difference Thesis”, *Legal Theory*, cit., nota 757, p. 11.

<sup>762</sup> *Idem*.

corpora a la moral como una condición suficiente de validez introduce un factor de estaticidad, de no variación, debido a que la moral es un sistema estático. Para Himma, este argumento adolece de algunas deficiencias. En primer lugar, no parece ser cierto que el contenido de las normas que son válidas bajo una regla de reconocimiento excluyente sea siempre contingente. Un ejemplo de esto puede observarse cuando Hart hace referencia al contenido mínimo del derecho natural y afirma que algunas normas deben ser válidas para que un sistema de reglas pueda operar como un sistema jurídico.<sup>763</sup> Himma sostiene que si Hart tiene razón sobre esta cuestión, el positivismo excluyente también es inconsistente con la tesis de la diferencia práctica propuesta por Shapiro.<sup>764</sup>

Además, la visión estática de la moral ofrecida por Shapiro asume que los principios morales son necesariamente verdaderos, visión que resulta muy controvertida. De hecho, desde una visión subjetivista de la moral, la identificación del sistema moral como un sistema estático resulta incorrecta. Por lo tanto, si el subjetivismo moral es correcto, entonces una regla moral validada en virtud de una regla de reconocimiento que incorpora a la moral como una condición suficiente deja espacio suficiente al juez que se encuentra guiado por motivación, debido a que esa norma puede dejar de existir o cambiar.<sup>765</sup>

Por otra parte, para Himma el argumento de Shapiro que considera que los jueces no pueden ser guiados por motivación por una regla de reconocimiento incluyente que incorpora la moral como una condición suficiente de validez y por las normas validadas por ésta, se basa en una inferencia problemática. Himma sintetiza el argumento de Shapiro del siguiente modo: (1) R guía por motivación a una persona P para hacer A si y sólo si P no haría A si R no fuera una regla; (2) no es posible que R no sea una regla; (3) entonces, no es el caso que R guía por motivación a P para hacer A.<sup>766</sup> De este modo, para Himma, si 2 es verdadero, debe serlo también que P no debió hacer A si R no fuera una regla. Es decir,

<sup>763</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>764</sup> Himma aclara que la tesis de Hart del contenido mínimo de derecho natural no contradice la tesis de la separabilidad, ya que el autor inglés no afirma que esas normas sean necesariamente válidas en virtud de su contenido moral. *Cfr. ibidem*, pp. 14 y 15.

<sup>765</sup> *Cfr. ibidem*, p. 15 y Himma, K., "Inclusive Legal Positivism", en Coleman, J. y Shapiro, S. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, cit., nota 141, p. 163.

<sup>766</sup> *Cfr.* Himma, K., "H. L. A. Hart and the Practical Difference Thesis", *Legal Theory*, cit., nota 757, p. 16.

que si 2 es verdadero, entonces R es una regla en todo mundo posible. Para que R no guíe por motivación a P a hacer A, debe haber un mundo posible relacionado con el nuestro en el que P haga A incluso cuando R no sea una regla. El problema es que 2 restringe que exista ese mundo porque 2 sostiene que R es una regla en todo mundo posible. Por esto, 2 es la negación de lo que Shapiro necesita inferir para que su argumento tenga éxito contra las reglas de reconocimiento con componentes suficientes.<sup>767</sup>

Además, Himma observa que esta inferencia no sólo es inválida, sino también incoherente porque el grupo 1, 2 y 3 es inconsistente. En definitiva, lo que está mal en la inferencia es que los contraejemplos sin antecedentes posibles son verdaderos y no falsos como 3 presupone.<sup>768</sup> Para Himma “el mero hecho de que no pueda haber un mundo en el que R carezca de su estatus no hace que sea menos significativo —o interesante— afirmar que P haría otra cosa en ese mundo. De esta manera, los contraejemplos dispositivos (*dispositional counterfactuals*) con antecedentes imposibles pueden ser tanto interesantes como verdaderos de un modo significativo”.<sup>769</sup>

Si bien el argumento recientemente presentado parece convincente, Himma reconoce que la definición de guía por motivación utilizada en este argumento es diferente a la propuesta por Shapiro. Para nuestro autor, Shapiro define la guía por motivación afirmando que P no hubiese hecho A si P no hubiese apelado a R. La definición de Hart de este tipo de guía sugiere que P hace A por R sin comprometerse con ninguna deliberación sobre los méritos de R o de hacer A. En cambio, la definición de guía por motivación propuesta por Himma indica que P no hubiese hecho A si R no hubiese sido una regla.<sup>770</sup> La importancia de estas distinciones en la definición de guía por motivación puede ser observada cuando se argumenta con base en la definición de guía por motivación. Como se ha dicho anteriormente, el análisis de Shapiro contra el componente suficiente del positivismo incluyente no funciona contra la definición de guía por motivación propuesta por Himma.<sup>771</sup>

<sup>767</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>768</sup> *Idem*.

<sup>769</sup> *Ibidem*, pp. 20 y 21.

<sup>770</sup> *Ibidem*, pp. 21-23.

<sup>771</sup> *Ibidem*, pp. 21 y 22.

Para nuestro autor, en su anterior argumentación ha demostrado que el argumento de Shapiro contra el componente suficiente sólo funciona contra una definición de guía por motivación como la propuesta por Shapiro o por Hart, y que el argumento contra el componente necesario sólo funciona contra una definición de guía por motivación como la propuesta por Hart. Además, se ha demostrado la invalidez de la inferencia sobre el contraejemplo que hace Shapiro para demostrar que una regla con componente suficiente no deja espacio para que las reglas validadas por ésta hagan una diferencia práctica. En definitiva, el argumento de Shapiro contra el componente suficiente no funciona si se adopta una visión de guía motivacional como la que nuestro autor propone.<sup>772</sup>

En síntesis, Himma afirma que si cuando se habla de guía por motivación se hace referencia a su versión, un juez puede simultáneamente estar guiado por motivación por una regla de reconocimiento incluyente y por una regla validada por aquélla. Esto, no obstante, implica que la tesis de la diferencia práctica puede ser reconciliada con los dos componentes de la tesis de la incorporación, por la ausencia de razones para dar por sentado que la tesis de la diferencia práctica requiere que toda norma sea capaz de hacer una diferencia en el sentido que ha sido descrito por Shapiro.<sup>773</sup>

Para finalizar su trabajo, Himma argumenta que incluso si Shapiro logra demostrar que es imposible desde cualquier visión plausible de guía motivacional que un juez sea guiado por motivación por una regla de reconocimiento incluyente y por las normas primarias validadas por ésta,

<sup>772</sup> *Ibidem*, p. 23. Una vez propuesta su versión de la guía por motivación, Himma se pregunta si esta versión satisface una tesis más amplia de Shapiro para determinar si una visión se adecua a la guía por motivación. Esta es la denominada tesis de la viabilidad, y afirma que un agente es guiado por motivación cuando: (1) el comportamiento de éste se conforma con la regla; (2) se reconoce que la regla restringe el comportamiento del agente para que cumpla con la regla, haciendo que su incumplimiento sea inviable; (3) el agente cree que sin la motivación de la regla no haría lo que ésta establece. Al realizar este análisis, Himma observa dos posibles inconvenientes contra su versión de la guía por motivación. Por un lado, observa que si R es necesariamente una regla sería cierto que P no hubiese hecho A si R no fuese una regla, tanto como P hubiese hecho A si R no fuese una regla. Esto se debe a que ambas afirmaciones son contraejemplos dispositivos con antecedentes posibles. Por otro lado, si bien su versión de la guía por motivación cumple con 1 y 2 de la tesis de la viabilidad, no asegura que se cumpla con 3. Por todo esto, Himma reformula su visión de la guía por motivación afirmando que P no hubiese hecho A si R no fuese una regla y P cree que no hubiese hecho A si R no fuese una regla. Con este cambio, Himma cree haber solucionado estos problemas. *Cfr. ibidem*, pp. 24-27.

<sup>773</sup> *Ibidem*, p. 28.

sus argumentos contra Hart fallan. En primer lugar, porque no está claro que Hart abrace un tipo de funcionalismo que lo comprometa con la tesis de la diferencia práctica, como la que describe Shapiro.<sup>774</sup> De hecho, para Himma la tesis funcionalista tiene sus orígenes en Fuller, y la versión que este autor presenta de la tesis funcionalista no parece estar comprometida con la tesis de la diferencia práctica. En concreto, para Himma la tesis funcionalista defendida por Fuller afirma que el derecho debe ser eficaz en sentido general. Esto significa que mientras el derecho sea eficaz en forma general, éste cumplirá con su función, incluso cuando algunas de sus normas sean incapaces de proveer el tipo de guía que Shapiro cree es requerido por la tesis de la diferencia práctica.<sup>775</sup>

Por esto, asumiendo que Hart abraza la tesis funcionalista, la cuestión es saber cuál es la versión que asume el profesor inglés. Para Himma este asunto es muy difícil de determinar, ya que las veces que Hart parece adoptar la tesis funcionalista lo hace de forma muy general. Además, nuestro autor resalta el escepticismo que se evidencia en Hart al referirse sobre cualquier proyecto que busque encontrar una función esencial del derecho. Por todo esto, Himma concluye que el funcionalismo de Hart es a lo sumo condicional: si el derecho tiene una función esencial, esa función es la de guía de comportamiento. Pero no hay nada en esta afirmación que resuelva la cuestión de qué versión de la tesis del funcionalismo es la que debe entenderse como adoptada por Hart. En síntesis, “un positivista incluyente es libre tanto de rechazar la tesis funcionalista como de construir una que se aplique sólo para la existencia de los sistemas jurídicos”.<sup>776</sup>

En segundo lugar, Himma añade que no está claro que la teoría de Hart le vincule a una visión en la que debe ser posible para un juez ser guiado por motivación por una regla de reconocimiento y por las reglas validadas por ella. Esta tesis es denominada por Himma la tesis de la guía simultánea. Nuestro autor observa que la tesis de la diferencia práctica no afirma ni implica la tesis de la guía simultánea. Por esto, si Hart está vinculado a la tesis de la guía simultánea no es porque ello derive de la tesis de la diferencia práctica. De hecho, para Himma, Hart rechazaría la tesis de la guía simultánea, ya que el profesor inglés observa las reglas de reconocimiento como estándares para el comportamiento de los

<sup>774</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>775</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>776</sup> *Ibidem*, p. 34.

funcionarios. Para Himma, las reglas de reconocimiento no definen las obligaciones jurídicas de los ciudadanos. Son las reglas primarias válidas en virtud de la regla de reconocimiento las que definen las obligaciones jurídicas que gobiernan el comportamiento de los ciudadanos como ciudadanos. Por todo esto, nuestro autor no entiende cómo Shapiro afirma que la función primaria del derecho es guiar epistémicamente la conducta de los ciudadanos ordinarios por medio de las reglas primarias y guiar por motivación la conducta de los funcionarios judiciales por medio de las reglas secundarias, para luego afirmar que los jueces también deben estar guiados por motivación por las reglas primarias.<sup>777</sup>

Himma observa que desde la visión de Hart no tiene sentido afirmar que un juez que aplica una norma que prohíbe los homicidios en un caso en que se cometió un crimen lo hace porque está jurídicamente obligado por esa norma. La norma que prohíbe los homicidios gobierna el comportamiento de los ciudadanos como ciudadanos, no define un estándar que gobierna el comportamiento de los jueces como jueces. Si bien se admite que para conocer esa obligación jurídica el juez aplica la norma que prohíbe los homicidios, es un error pensar que por esta razón los jueces deben estar guiados epistémicamente por las normas primarias que aplican. Para Himma, de esto se puede concluir, a lo sumo, que los jueces deben tener un acceso epistémico a los contenidos de esas normas. Pero esto no es lo que Shapiro llama guía epistémica. Para éste último, para que pueda afirmarse que una norma guía epistémicamente es necesario aprender de ésta la obligación jurídica y actuar conforme a ella por haberla conocido.<sup>778</sup> Para Himma, “aplicar una norma y conformar el comportamiento a ella son dos nociones diferentes. Por esta razón, no es lo mismo el acceso epistémico que la guía epistémica del modo en que Shapiro la define”.<sup>779</sup> En definitiva, Shapiro se equivoca al pensar que porque un juez se encuentre motivado por una regla sobre otras reglas, entonces debe estar motivado para actuar por las reglas subyacentes. Para Himma, la inferencia de que P es motivado por Q, porque P es motivado por R y R implica Q, es problemática, ya que esta inferencia no es necesaria.<sup>780</sup>

<sup>777</sup> *Ibidem*, pp. 34-36.

<sup>778</sup> *Ibidem*, pp. 36 y 37.

<sup>779</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>780</sup> Con la finalidad de demostrar esta afirmación, Himma observa que es posible que alguien crea en la proposición P pero que no crea en Q por más que sepa que P implica Q. Es decir, que puede querer cumplirse con las órdenes de un sargento pero no querer

En tercer lugar, Himma observa que para Shapiro una diferencia entre las normas validadas por una regla de reconocimiento excluyente y una incluyente, es que las primeras pueden guiar las conductas por motivación al mismo tiempo que la regla de reconocimiento guía conductas por motivación. Para Himma, si esto es cierto, en principio no genera ningún problema, ya que la eficacia de un sistema de normas para guiar conductas no parece depender de manera importante de la idea de que los jueces pueden estar motivacionalmente guiados por las normas primarias.<sup>781</sup>

Para finalizar, Himma observa que los sistemas jurídicos incluyentes parecen cumplir con las condiciones mínimas que Hart exige para que exista un sistema jurídico. Esto se debe a que los funcionarios incluyentes aceptan la meta-regla y los ciudadanos generalmente obedecen las normas validadas por tal meta-regla. En definitiva, para Himma, la idea de que los jueces deben ser guiados por motivación tanto por las reglas secundarias como por las normas primarias no puede estar fundada en la tesis de la funcionalidad, porque la habilidad de las normas primarias para motivar la guía de los jueces no tiene nada que ver con la capacidad de los ordenamientos jurídicos para guiar el comportamiento. Por todo ello, hay poco en la teoría de Hart o en la tesis de la diferencia práctica que lo obliga a aceptar la tesis de la guía simultánea. Así, para Himma, el ILP puede abrazar la tesis de la diferencia práctica sin inconsistencias, e incluso si Shapiro tiene razón en que el funcionalismo implica la tesis de la diferencia práctica, no hay razones para que un positivista incluyente no abrace la tesis funcionalista.<sup>782</sup>

### 3. *La contrarréplica de Shapiro*

En “Law, Morality, and the Guidance of Conduct”,<sup>783</sup> Shapiro aclara algunos puntos de su tesis y la defiende de los ataques recibidos.

matar a alguien por más que el cumplimiento de las órdenes del sargento requieran matar a alguien. Además, se observa que la relación entre las reglas primarias y secundarias, como unas subyacentes de las otras, no beneficia o ayuda al argumento de Shapiro. Así, se observa que el mero hecho de estar motivado a actuar de acuerdo con una meta-creencia no dice nada sobre si estoy motivado a actuar de acuerdo con una creencia primaria. *Cfr. ibidem*, p. 39.

<sup>781</sup> *Ibidem*, p. 40.

<sup>782</sup> *Ibidem*, pp. 42 y 43.

<sup>783</sup> Shapiro, S., “Law, Morality, and the Guidance of Conduct”, *Legal Theory*, 6, núm. 2, 2000, pp. 127-170.



*A. Respuestas a las objeciones de Himma*

En primer lugar, se ocupa de los ataques realizados por Himma. Con esta réplica Shapiro busca responder a lo que considera son las críticas centrales que Himma le presenta: (1) El argumento de Shapiro contra el ILP presupone una concepción de comportamiento guiado por una norma que es necesaria para que el argumento sea efectivo. Sin embargo, Hart puede superar las dificultades de la crítica simplemente adoptando otra concepción de comportamiento guiado por una norma. (2) El argumento de Shapiro a favor del ELP presupone que los sistemas jurídicos, a diferencia de los morales, son dinámicos. No obstante, Hart sostiene, por medio de su tesis del contenido mínimo de derecho natural, que algunas partes de los sistemas jurídicos son estáticas. Además, según algunas concepciones morales, los sistemas morales también son dinámicos. (3) El argumento de Shapiro presupone que Hart suscribe la tesis de la guía simultánea. Sin embargo, no hay razón para atribuirle tal tesis a Hart. (4) El argumento de Shapiro presupone que la función del derecho es guiar a quienes evalúan las normas cuando deciden los casos, mientras que para Hart su función es guiar a los destinatarios de las normas cuando deciden si tienen que cumplir con lo que establece la norma. (5) El argumento de Shapiro presupone que los jueces serán motivados por las reglas primarias, mientras que Hart sólo requiere que estén motivados por las reglas secundarias. (6) El argumento de Shapiro presupone que Hart suscribe la tesis de la diferencia práctica, pero no hay razones para atribuirle esa posición. Además, nada de su teoría sobre la función del derecho le compromete con esa visión.<sup>784</sup>

Contra 1, Shapiro sostiene que Himma describe incorrectamente el concepto de ser guiado por una norma que supuestamente Hart debería aceptar. Shapiro afirma que nunca presentó el concepto de guía que Himma le atribuye. De hecho, considera que este concepto ni siquiera refleja su caracterización de la tesis de la diferencia práctica. No obstante, Shapiro afirma que Himma parece saber esto. Aún más, Shapiro afirma que Himma es consciente de que si presenta la verdadera concepción de guía de su contrincante, el argumento de su opositor es válido. Por esto, según Shapiro, la verdadera intención de Himma al presentar este argumento es demostrar que el resultado del argumento de su opositor depen-

<sup>784</sup> *Ibidem*, pp. 134 y 135.

de de la concepción de guía que se presuponga. En definitiva lo que se busca demostrar es que si el argumento ofrecido por Shapiro no es robusto, el ILP puede evadir sus críticas simplemente cambiando la concepción de guía. Shapiro cree que el argumento de Himma se basa en la idea de que existe una gran variedad de concepciones de guía admisibles por un positivista.

Sin embargo, para Shapiro la elección de la concepción de guía no es libre. A su juicio, los positivistas están comprometidos en suscribir el concepto de guía que sea más correcto, o por lo menos que sea tan correcto como otros. Por esto, observa que el concepto de guía que Himma propone no parece ser correcto, porque no provee una adecuada visión sobre la diferencia práctica. Además, para Shapiro, ni siquiera esta concepción de guía salva a Hart. Según Shapiro, Himma no comprende la forma lógica de su argumento. Por esto aclara que su argumento puede ser presentado del siguiente modo: (i) Si P es guiado por una regla de reconocimiento incluyente, entonces P será guiado por M (una regla moral) sólo si P no pudiese conformar M si P no ha apelado a M como una regla jurídica pero continúa siendo guiado por la regla de reconocimiento incluyente; (ii) Necesariamente, si P está guiado por una regla de reconocimiento incluyente, entonces P conforma M; (iii) Entonces, si P está guiado por una regla de reconocimiento incluyente, entonces P no será guiado por M; (iv) Si (ii) es cierto, entonces P conformará M, si P no ha apelado a M como a una regla jurídica pero continúa siendo guiado por una regla de reconocimiento incluyente; (v) Tomando la contraposición (*contrapositive*) del consecuente de (i) concluimos que si P está guiado por una regla de reconocimiento incluyente, y si P ha conformado M, si P no ha apelado a M como a una regla jurídica pero continúa siendo guiado por una regla de reconocimiento incluyente, entonces P no será guiado por M. Por último, Shapiro observa que (iii) resulta incluso si se usa una concepción de guía como la que Himma propone.<sup>785</sup>

Al responder a 2, Shapiro presenta dos réplicas contra el argumento de Himma basado en la tesis del contenido mínimo de derecho natural. Primero, afirma que Himma se equivoca al caracterizar la doctrina de Hart sobre el contenido mínimo de derecho natural como una afirmación conceptual. En segundo lugar, observa que incluso si la doctrina de Hart sobre el contenido mínimo de derecho natural es tomada como una afir-

<sup>785</sup> *Ibidem*, pp. 135-138.

mación conceptual, esto no demostraría que la existencia de ninguna regla particular sea necesaria. Para Shapiro, “la doctrina meramente requiere que todo sistema jurídico tenga ciertos tipos de reglas”.<sup>786</sup>

Para valorar el argumento sobre el dinamismo de la moral subjetivista Shapiro realiza algunas aclaraciones y distinciones. En primer lugar, distingue entre moral positiva y moral crítica, observando que el subjetivismo ético intenta reducir la moral crítica a la moral positiva. Luego diferencia el subjetivismo metafísico del subjetivismo semántico. El primer tipo afirma que las propiedades morales son propiedades empíricas relativas a grupos sociales. Si esto fuera así, el ILP colapsaría en un ELP, porque ambos demandarían que las normas jurídicas tengan fuentes sociales y esas normas serían válidas en virtud de esas fuentes.<sup>787</sup> Por esto, afirma que Himma debe hacer referencia a un subjetivismo semántico. En esta visión, nuestro entendimiento de la moral crítica admitirá un elemento dinámico, porque el grupo de reglas descritas como moralmente válidas están determinadas por las actitudes de los miembros de nuestro grupo, y el grupo cambia cuando cambian nuestras actitudes. Sin embargo, para Shapiro este subjetivismo ético es corolario de la teoría de Hart y padece sus mismos defectos. En *The Concept of Law*, Hart afirma que una regla existe en un grupo sólo si es aceptada por los miembros del grupo desde el punto de vista interno. Pero luego abandona esta postura porque desde esta perspectiva sería imposible para un miembro del grupo criticar su moral social. Así, este subjetivismo ético censuraría como una cuestión conceptual la crítica moral de la mayoría y Hart no se haría ningún favor al tener que volver a esta posición para salvar al ILP.<sup>788</sup>

<sup>786</sup> *Ibidem*, p. 141.

<sup>787</sup> Contra este argumento Himma responde que esta argumentación exagera las consecuencias del relativismo ético normativo en el positivismo jurídico. Para Himma, el ELP afirma que es una verdad conceptual sobre el derecho que este posee una fuente de pedigrí institucional. Así, para el ELP, para que una norma sea validada es necesario: (1) algún tipo de acto intencional; (2) expresado en un contexto institucional que cumple con el criterio convencional de validez. Las normas que son válidas en virtud de lo que la mayoría de la gente cree no satisfacen ninguna de estas condiciones. Por esto, para Himma, si bien la corrección del relativismo ético normativo implica repensar la distinción entre el ILP y el ELP, esto no supone que ambas versiones del positivismo jurídico vayan a terminar siendo iguales. *Cfr.* Himma, “Inclusive Legal Positivism”, en Coleman y Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, *cit.*, nota 141, pp. 163 y 164. Para ampliar esta cuestión véase el punto I.3 del quinto capítulo.

<sup>788</sup> *Cfr.* Shapiro, S., “Law, Morality, and the Guidance of Conduct”, *Legal Theory*, *cit.*, nota 783, pp. 141-143.

Al enfrentarse a 3, Shapiro reconoce que Himma tiene razón cuando afirma que Hart nunca afirmó su vinculación a la tesis de la guía simultánea. No obstante, para Shapiro, Hart afirmó que en el normal curso de las cosas los jueces tratan las reglas primarias como guías de su conducta. Además, si Hart sostiene la tesis de la convencionalidad, también ha de sostener que los jueces normalmente son guiados por las reglas de reconocimiento. Por todo esto, “la situación normal es así la guía simultánea”.<sup>789</sup>

Contra esto, Himma podría replicar que por más que la situación normal implique la guía simultánea, esto no obliga a Hart a admitir que este tipo de guía deba darse en todos los casos. Para evitar este tipo de argumentación, Shapiro responde: (i) Cuando Hart afirma que los jueces son guiados “en gran medida” por reglas primarias, simplemente admite los casos en que los jueces son indiferentes a las reglas y deciden con base en sus criterios de preferencia política y personal. Por esto, Hart sostiene que a veces los jueces ignoran el derecho, aunque ésta no sea la situación normal. En la mayoría de los casos los jueces tratan a las normas como razones para la acción y actúan por esas razones, o por lo menos están preparados para justificar su acción en esas normas. (ii) De acuerdo con la tesis de la convencionalidad, las normas jurídicas existen porque la regla de reconocimiento que guía a los jueces expone el criterio que las reglas existentes deben satisfacer. Por lo tanto, si las reglas jurídicas que eliminan el pedigrí no pueden guiar la conducta al mismo tiempo que la regla de reconocimiento guía la conducta, resulta que quienes crean estas reglas nunca pueden utilizarlas. En definitiva, sólo aquellos que no juegan ningún rol en su generación pueden utilizar estas normas para guiar su conducta. Este es un resultado extraño, pero quizá no fatal.<sup>790</sup>

Shapiro considera que la crítica descrita en 4 resulta equivocada por cuatro razones: (i) Como se ha visto anteriormente, Hart creía que en el curso normal de las cosas los jueces son guiados por las reglas primarias en la adjudicación. (ii) Además, Hart cree que (i) es una de las funciones de los jueces. (iii) Muchas de las normas morales que el ILP quiere aceptar como normas jurídicas son de hecho dirigidas a los jueces. Un ejemplo de esto es el caso *Riggs vs. Palmer*. El principio moral que se aplica en este caso está dirigido a los jueces. (iv) Que el argumento presentado

789 *Ibidem*, p. 143.

790 *Idem*.

sólo demuestre que las reglas sin fuentes no pueden guiar el comportamiento de los jueces porque no pueden hacer una diferencia práctica, no significa que éstas puedan guiar la conducta de los ciudadanos.<sup>791</sup>

Contra 5 Shapiro afirma que los jueces pueden no necesitar ser guiados por motivación por las normas que deben aplicar, pero en este caso deben estar epistémicamente guiados por las mismas. El problema es que, como se ha argumentado anteriormente, esto no es posible. Además, Shapiro cree que Himma se equivoca al afirmar que parte de su argumento presupone que los jueces son capaces de ser guiados por motivación por las reglas primarias. Por esto aclara que sólo se requiere que estas reglas sean capaces de hacer una diferencia práctica.<sup>792</sup>

Para finalizar su respuesta a Himma, Shapiro se ocupa del argumento sobre la función del derecho. La crítica propuesta por Himma relacionada con esta cuestión es muy parecida a uno de los ataques que Waluchow arguye contra la tesis de la diferencia práctica. Por esto, Shapiro decide responder a ambos autores de forma simultánea. Tanto Himma como Waluchow consideran que todo lo que se puede decir sobre la teoría de Hart es que el profesor inglés adscribe al derecho una función de guía, lo que no significa que se le deba atribuir a toda norma esta función. Shapiro está de acuerdo en general con Himma y Waluchow sobre el hecho de que no se puede, en general, concluir que una parte tiene la función *F* sólo porque el todo tiene la función *F*. Pero considera que en el caso de las reglas e instituciones jurídicas esta inferencia es correcta. Esto se debe a que las reglas jurídicas son el medio por el que los sistemas jurídicos guían la conducta. Si los sistemas jurídicos guían la con-

<sup>791</sup> *Cfr. ibidem*, p. 145. Contra este argumento Himma observa que, si bien es cierto que algunas normas primarias se encuentran dirigidas a los jueces —como puede observarse en caso *Riggs*—, esta observación no justifica el argumento de Shapiro contra el ILP. Para lograr el objetivo de Shapiro se necesita un argumento que demuestre que los jueces siempre deben ser guiados motivacionalmente por las normas primarias. Por esto, que alguna o algunas normas primarias sean dirigidas a los jueces no implica que todas las normas primarias sean capaces de guiar motivacionalmente a los jueces. Si esto es correcto, Shapiro sólo ha logrado demostrar que las normas primarias dirigidas a los jueces no pueden ser jurídicamente válidas en virtud de su contenido moral. Esto simplemente implica una restricción conceptual en las reglas de reconocimiento incluyentes, pero no elimina la posibilidad de que existan criterios morales de validez. *Cfr.* Himma, K., “Inclusive Legal Positivism”, en Coleman, J. y Shapiro, S. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, *cit.*, nota 141, p. 165.

<sup>792</sup> *Cfr.* Shapiro, S., “Law, Morality, and the Guidance of Conduct”, *Legal Theory*, *cit.*, nota 783, p. 163, n. 74.

ducta por medio de las reglas jurídicas, entonces la función de las reglas jurídicas es guiar la conducta. De hecho, para Shapiro la idea de que las reglas jurídicas tienen por función guiar la conducta es central en la teoría del derecho de Hart. Tanto es así que, a su juicio, rechazar esta parte de la teoría de Hart, “equivale a rechazar la teoría del derecho de Hart”.<sup>793</sup>

### B. *Réplica contra Waluchow*

En el epígrafe anterior se ha descrito parte de la réplica de Shapiro contra Waluchow, porque Himma y Waluchow comparten un argumento contra él. No obstante, el resto de las respuestas de Shapiro contra las críticas ofrecidas por Waluchow serán desarrolladas en este apartado. Waluchow considera que la definición que Shapiro propone de guía epistémica es demasiado fuerte. Para Waluchow existen algunos casos en los que una regla es capaz de guiar la conducta incluso cuando el agente debe comprometerse con alguna deliberación para aprender sus derechos y obligaciones. En concreto, Waluchow considera que su respuesta contra el argumento de la autoridad de Raz basada en el contraejemplo de la guía parcial también puede ser aplicada contra la tesis de la diferencia práctica.

Con tal respuesta, Waluchow parece sugerir que Shapiro está comprometido con la posición que afirma que la decisión de un árbitro que resuelve que la regla válida es aquella que es justa no es capaz de guiar las conductas de quienes acuden al árbitro. La razón por la que Waluchow presume esto es porque, para Shapiro, una norma o decisión sólo puede guiar las conductas cuando un agente es capaz de aprender sus obligaciones y derechos de la norma o decisión sin comprometerse en ninguna deliberación —guía epistémica completa—. No obstante, para Waluchow la decisión de un árbitro puede guiar las conductas por más que los agentes se comprometan con algunas deliberaciones para aprender qué reglas son válidas —guía epistémica parcial—. Shapiro responde a estas insinuaciones aclarando que no niega que la decisión del árbitro al que se ha hecho referencia sea capaz de guiar las conductas. Esto es así porque no es cierto que las partes del caso del arbitraje tengan que deliberar para determinar el contenido de la decisión del árbitro, ya que, en este caso, las partes son capaces de saber que se les requiere que obren de forma

<sup>793</sup> *Ibidem*, p. 169.

justa, sin necesidad de realizar deliberaciones sobre los méritos de dicha decisión. En síntesis, para Shapiro “lo que Waluchow toma como casos de guía parcial son en realidad ejemplos de guía completa”.<sup>794</sup>

No obstante, para Shapiro la cuestión de fondo no reside en cómo debe ser considerada la decisión del árbitro, sino cómo debe entenderse la regla que deben tener en cuenta las partes. Para nuestro autor, en el supuesto caso de que las partes estén de acuerdo en que una regla “x” es justa, un incluyente dirá que esa regla puede ser autoritativa por más que el árbitro no lo haya declarado así. En contraste, un excluyente dirá que esa regla no puede ser autoritativa si no existe una decisión del árbitro que le otorgue validez. Shapiro cree que en este caso Waluchow argumentaría que las partes pueden apelar a una norma así porque dicha norma puede guiar epistémicamente sus conductas, ya que las partes pueden aprender sus obligaciones apelando a esa norma y sin necesidad de hacer deliberaciones sobre ella. Sin embargo, Shapiro piensa que en este caso la apariencia de guía epistemológica es una ilusión, ya que la regla en cuestión no hace una diferencia práctica en las partes. Todo lo que las partes necesitan para resolver la disputa es la decisión del árbitro, y apelar a la regla en cuestión no hace una diferencia adicional en éstos. Así, para Shapiro, si las partes no creyeran que la regla en cuestión es autoritativa, actuarían del mismo modo que lo harían si le atribuyeran un estatus autoritativo.<sup>795</sup>

Además, la regla en cuestión no podrá guiar la conducta de las partes que no estén de acuerdo sobre la justicia de esa regla. En este caso, las partes tendrán que debatir para determinar si esta regla es válida. Debido a que, en este caso, la regla no puede guiar epistémicamente a las partes, Shapiro “concluye que esa regla no puede ser una regla autoritativa”.<sup>796</sup>

### *C. Objeciones al argumento de Coleman*

Shapiro observa que una de las críticas de Coleman contra sus ataques al ILP busca rebatir la argumentación en la que se afirma que si una regla autoritativa sólo puede ser identificada como tal deliberando sobre los méritos de su aplicación, entonces un agente no podrá identificar esa

<sup>794</sup> *Ibidem*, pp. 153 y 154.

<sup>795</sup> *Ibidem*, p. 154.

<sup>796</sup> *Idem*.

regla como jurídica sin deliberar sobre dichos méritos. Esto parece implicar que un agente sólo puede identificar una regla como jurídica por medio de lo que establece el propio derecho, y esto, a juicio de Coleman, es falso. Hay muchas maneras en que un agente puede aprender el derecho. Así, se sugiere que puede conocerse leyendo libros, consultando a un experto, etcétera. Por esto, Coleman concluye que es posible que un agente conozca sus obligaciones y derechos a partir de reglas cuya validez depende de contenidos morales, sin necesidad de comprometerse con deliberaciones morales. Con esta aclaración, Coleman afirma que los agentes pueden guiar sus conductas epistémicamente por normas que son válidas por su contenido moral.<sup>797</sup>

Contra esta objeción, Shapiro realiza dos observaciones. La primera repara en que este tipo de argumentación no puede afectar sus críticas relacionadas con la incapacidad que sufren las reglas de reconocimiento incluyentes para guiar a los jueces. La segunda, si bien admite que el análisis de Coleman es interesante para el caso de los ciudadanos ordinarios —ya que la regla de reconocimiento no necesita ser conocida o practicada por la mayoría del pueblo— considera que no logra rebatir sus críticas basadas en la incapacidad para guiar que sufren las normas cuya validez depende de sus méritos morales.<sup>798</sup>

Acepta que no es necesario que un agente capte que una regla es jurídica directamente de una regla. Basta con que lo haga a partir de alguien que lo captó de esa regla, o de alguien que lo haya conocido de otro que lo aprehendió de dicha regla. Así, el agente puede informarse directa o indirectamente. No obstante, el proceso de identificación de una norma incluyente implica la contaminación del mismo por ser necesaria una deliberación en algún punto de la cadena de guía autoritativa. Sin esta deliberación, la norma incluyente no podría ser identificada. Para Shapiro, esta deliberación rompe la cadena de guía porque, en este caso quien realmente ejerce un papel de autoridad es el deliberador y no la autoridad que haya dictado la norma. Por esto, concluye que “el problema del positivismo jurídico incluyente es que sus reglas aprobadas son incapaces de guiar epistemológicamente la conducta tanto directa como indirectamente”.<sup>799</sup>

<sup>797</sup> *Ibidem*, p. 150.

<sup>798</sup> *Idem*.

<sup>799</sup> *Ibidem*, p. 152.



#### D. *Argumentos contra Kramer*

Shapiro toma en cuenta la distinción de Kramer entre el ILP y el incorporacionismo, y la ulterior subdivisión entre incorporacionismo fuerte y moderado. Como se vio, Kramer ofrece argumentos contra el incorporacionismo fuerte, pero afirma que las críticas de Shapiro no impugnan el incorporacionismo modesto.

Para Shapiro ambas líneas argumentativas son incorrectas, si bien comparte con Kramer la idea de que una regla de reconocimiento incorporacionista fuerte no favorece el grado de conformidad necesario para que un sistema jurídico exista. Según Shapiro, esta idea de Kramer está de alguna manera implícita en la tesis de la convencionalidad, ya que no puede haber una convención si no existe un comportamiento convergente que origine la convención. Sin embargo, para Shapiro esto no refuta el incorporacionismo fuerte, porque éste es condicional por naturaleza, es decir, no afirma que todo sistema normativo que tenga una regla de reconocimiento es un sistema jurídico; sólo sostiene que si una convención judicial trata a la corrección moral como la única condición de validez, entonces esa regla convencional debe contar como regla de reconocimiento. Si bien es altamente improbable que una convención de este tipo exista, “la afirmación del incorporacionismo fuerte es trivialmente verdadera”.<sup>800</sup>

Para Shapiro, el argumento de Kramer contra el incorporacionismo fuerte posee un defecto lógico de forma. Así, la única manera de demostrar la falsedad del incorporacionismo fuerte es probando que ese régimen no puede ser un sistema jurídico. A juicio de Shapiro, Kramer no aporta razones para esto. En cambio, para Shapiro su argumento posee una correcta forma lógica. Con este argumento, se ha afirmado que con un régimen como el incorporacionista fuerte no puede haber un sistema jurídico, debido a que las normas jurídicas validadas por su regla de reconocimiento no pueden guiar la conducta de los jueces. Así, los regímenes incorporacionistas que satisfacen la tesis convencionalista no pueden satisfacer la tesis de la diferencia práctica.<sup>801</sup>

Además, Shapiro analiza otra forma de entender el argumento de Kramer de modo que éste posea una forma lógica correcta. A su juicio, M. Kramer pudo querer afirmar que la regla de reconocimiento del incorpo-

<sup>800</sup> *Ibidem*, p. 157.

<sup>801</sup> *Idem*.

racionalismo fuerte no puede ser una regla de reconocimiento real porque es incapaz de cumplir con sus funciones —en concreto, la función de asegurar una coordinación entre los funcionarios jurídicos y entre estos funcionarios y la población—. Si bien este argumento es correcto en su forma lógica, Kramer no ha demostrado, ni quizá ha intentado demostrar, que la regla convencional incorporacionista fuerte no puede en principio asegurar el grado requerido de coordinación.<sup>802</sup>

En cuanto a la defensa de Kramer de su incorporacionismo modesto, Shapiro reconoce que no está seguro de entender este argumento en su totalidad. Con este argumento Kramer parece sugerir una función alternativa para las reglas sin fuentes: si bien se admite que estas reglas no pueden guiar el comportamiento, parecen poder resolver disputas en los casos difíciles. Shapiro afirma que si esto es lo que Kramer pretende defender, no entiende cómo puede ser una respuesta a sus críticas. En concreto, Shapiro afirma que si su argumento es correcto, las reglas morales no pueden resolver las disputas porque estas reglas no pueden motivar al juez a resolver las disputas de una manera diferente al modo en que ellos las resolverían si no apelaran a esas reglas.<sup>803</sup> Incluso si Shapiro estuviese equivocado, no entiende por qué Kramer cree que sus críticas contra el incorporacionismo fuerte no afectan también al incorporacionismo modesto. Ya que, por un lado, una regla de reconocimiento incorporacionista modesta puede no ser tan modesta si en un régimen existe un gran número de casos difíciles. En este caso, la regla de reconocimiento incorporacionista moderada parece incapaz de generar la coordinación necesaria para completar los requisitos para la existencia del derecho. Por el otro, si los positivistas deben tener en cuenta el efecto desestabilizante del disenso acerca de la moral, no resulta claro cómo Kramer puede confiar en que los jueces resuelvan las disputas de acuerdo a las reglas morales apropiadas.<sup>804</sup> Para superar este problema, Kramer parece afirmar que el consenso puede darse en los casos difíciles si en estas situaciones los jueces intentan cumplir con la regla de reconocimiento. Sin embargo, para Shapiro esta solución no parece ser correcta. A su juicio, las reglas de reconocimiento son reglas convencionales, y las reglas convencionales deben ser practicadas. No basta con que la gente intente conformarlas. En definitiva, si Kramer pierde la confianza en que los jueces conforma-

802 *Ibidem*, p. 158.

803 *Ibidem*, p. 159.

804 *Idem*.

rán normalmente la regla de reconocimiento en los casos difíciles, “entonces no puede decirse que existe una regla de reconocimiento que regula aquellos casos difíciles”.<sup>805</sup>

Para finalizar, Shapiro analiza el argumento de Kramer que defiende que en un sistema jurídico que incorpora la moral como una condición necesaria de validez los jueces pueden ser guiados de modo perentorio por reglas primarias incluso cuando se deba deliberar sobre alguno de los méritos de éstas. Shapiro considera que Kramer se equivoca al equiparar las razones perentorias de Hart a las razones excluyentes de Raz. Si bien admite que ambas poseen una fuerza práctica similar, aclara que no son iguales, ya que las razones perentorias poseen un alcance universal. Esto significa que nadie puede deliberar sobre los méritos del seguimiento de una norma y seguir tratando esa norma como una razón perentoria para la acción.<sup>806</sup>

Es cierto que Kramer puede responder como hizo Himma, sugiriendo que Hart modifica su teoría de las reglas para salvar su versión del positivismo de la incoherencia. Sin embargo, para Shapiro no es tan sencillo cambiar de concepción. Así, un primer problema que surge contra esta posibilidad es que para Hart la identidad de un sistema jurídico es fijada por su regla de reconocimiento. Como esta regla de reconocimiento es una regla que impone deberes, una regla es parte de un sistema jurídico sólo si un juez se encuentra con el deber de aplicarla. No obstante, si las reglas jurídicas pueden tener un alcance parcialmente excluyente, un juez puede tener el deber de aplicar la regla en algunos casos, y tener también la discreción de aplicar la misma regla en otros casos. Así, el deber del juez de aplicar las reglas parece ser indeterminado haciendo que la identidad de ese sistema jurídico también sea indeterminada. Sin embargo, se puede intentar resolver este problema modificando la teoría de Hart de forma tal que la regla de reconocimiento no imponga un deber a los jueces de aplicar todas las reglas aplicables, sino que impondrá el deber de aplicar algunas reglas cuando éstas son aplicables y no se encuentren superadas por el grupo de razones no excluidas. Para Shapiro, aquí surge el problema de especificar el alcance excluyente de las reglas, ya que se debe proporcionar una visión que distinga entre las razones excluidas y las no excluidas. Incluso esto requiere una visión que determi-

805 *Ibidem*, p. 160.

806 *Ibidem*, p. 166.

ne el peso de las reglas para que el juez pueda determinar si una razón no excluida derrota a una regla. Por último, a juicio de Shapiro parecería consistente con la tesis de la convencionalidad que la mayoría de los jueces arriben al mismo juicio sobre el alcance y peso de las reglas. En síntesis, no se sugiere que esto sea imposible, pero sí que no es fácil como pudo parecer al principio, y se duda de que el resultado sea atractivo.<sup>807</sup>

En definitiva, para Shapiro Hart no puede rechazar su funcionalismo —que lo vincula a la tesis de la diferencia práctica—, al igual que no puede abandonar la tesis convencionalista. Sin embargo, sí puede rechazar el ILP y, en su opinión, debe hacerlo. Con esto, Shapiro no pretende demostrar que toda versión del ILP es incoherente, sino que la teoría de Hart es inconsistente con el ILP, debido a que en Hart la tesis de la convencionalidad y la tesis de la diferencia práctica están vinculadas a su funcionalismo.<sup>808</sup>

#### 4. *El alegato final de Kramer*

Para terminar la presentación de este debate, se expondrá la última defensa que Kramer presenta contra las réplicas de Shapiro. Este autor defiende la posibilidad de afirmar que las normas validadas bajo una regla de reconocimiento incluyente pueden constituir razones perentorias —no de alcance total pero sí perentorias— para las decisiones de los funcionarios y los ciudadanos. Kramer observa que el ataque de Shapiro contra esta posibilidad no analiza la corrección general de este argumento, sino que simplemente declara que Hart no pudo haber avalado este tipo de defensa.<sup>809</sup> Si bien Kramer destaca que el principal objetivo del trabajo en el que expuso su argumento —replicado por Shapiro— era defender al ILP y no a Hart, algo se dirá también sobre esto último. Para Kramer, la interpretación que hace Shapiro de Hart se basa en uno de sus primeros trabajos y no tiene en cuenta otras afirmaciones del profesor inglés. No obstante, a su juicio hay espacio suficiente para evitar la ecuación presentada por Shapiro, según la cual la deliberación sobre los méritos de una norma equivale a que no se puede tratar esa norma como una razón perentoria para la acción. Kramer observa que, según los ejemplos

<sup>807</sup> *Ibidem*, pp. 166 y 167.

<sup>808</sup> *Ibidem*, p. 170.

<sup>809</sup> *Cfr.* Kramer, M., “Throwing Light on the Role of Moral Principles in the Law: Further Reflections”, *Legal Theory*, 8, 2002, p. 117.

que Shapiro presenta para representar el pensamiento de Hart, una norma es tratada como una razón perentoria para la acción siempre que sea considerada aplicable. Así, debido a que de acuerdo a este modelo la cuestión a ser respondida por medio de la deliberación sobre los méritos de una norma es si las condiciones de su aplicabilidad se encuentran realmente presentes, esta deliberación no parece constituir una incursión en la perentoriedad de la norma. En definitiva, Kramer afirma que incluso si Shapiro tiene razón sobre la concepción de la autoridad normativa de Hart, éste puede coherentemente dejar abierta la posibilidad de que existan límites incluyentes en la obligatoriedad de las normas jurídicas.<sup>810</sup>

En segundo lugar, Kramer afirma que la crítica de Shapiro contra las normas parcialmente excluyentes basadas en la indeterminación jurídica que éstas generan y transmiten a los sistemas jurídicos, posee algunos puntos dudosos: (1) Cuando una norma no pasa el test moral impuesto por la regla de reconocimiento incluyente, no es verdad que el juez tenga discrecionalidad para aplicarla o no. En este caso, está obligado a no aplicarla o a invalidarla. Por lo cual, el resultado no es indeterminado. No obstante, cuando la cuestión de si una norma pasa o no el test moral no conduce al juez a una única respuesta correcta, éste tiene la discrecionalidad para aplicar o dejar de aplicar ese mandato. Sin embargo, en estos casos la discrecionalidad no es fruto de la falta de perentoriedad completa de la norma, sino de un caso difícil que no otorga una única solución. (2) También es dudosa la afirmación de que la identidad de un sistema jurídico vaya a ser indeterminada como consecuencia de la indeterminación que puede existir en algunos casos difíciles. Es cierto que hay casos en los que un sistema jurídico no es totalmente determinado, pero tales casos son una pequeña proporción. Es decir, la discrecionalidad fuerte en un sistema jurídico es marginal, periférica y no central.<sup>811</sup>

En cuanto a la crítica de Shapiro contra el argumento sobre la incapacidad del incorporacionismo fuerte para lograr la necesaria regularidad para que un sistema jurídico exista, Kramer considera que se ha malinterpretado su observación. Este autor considera que Shapiro ha pensado que la observación que se hizo sobre el incorporacionismo fuerte implicaba la falsedad del mismo<sup>812</sup> e ignoraba la formulación condicional de esta teoría. Contra estas críticas, Kramer replica afirmando que no toda

810 *Ibidem*, pp. 118-120.

811 *Ibidem*, pp. 121-123.

812 *Ibidem*, p. 125.

formulación del incorporacionismo fuerte es condicional; de hecho, advierte que el propio Shapiro en alguna ocasión ha formulado el incorporacionismo fuerte de forma indicativa. Por otra parte, se observa que cuando el incorporacionismo fuerte es formulado como una proposición condicional, se vuelve innecesariamente poco atrevido. Por último, contrariamente a lo que piensa Shapiro, Kramer afirma haber pensado siempre que el incorporacionismo, tanto en su forma condicional como en su forma indicativa, es verdadero.<sup>813</sup> El problema es que la versión fuerte ilumina un conjunto de relaciones que nunca se obtendrán en grandes sociedades. Por esto, por más que esta versión sea verdadera, no sirve o no ayuda para iluminar las problemáticas que nos afectan. En cambio, la versión moderada comparte las virtudes de la versión fuerte —por ejemplo, es capaz de responder a los ataques de Dworkin contra el positivismo— y evita sus limitaciones. En definitiva, “esta tesis no niega nada de lo afirmado por la doctrina del incorporacionismo fuerte, sino que simplemente afirma menos”.<sup>814</sup>

Una cuarta crítica de Shapiro acusaba de incapaces a las normas morales para resolver las disputas en los casos difíciles. Kramer considera que esta objeción vuelve a malinterpretar su posición, pues él no afirma que los principios morales resuelven las disputas guiando por motivación al juez. Simplemente sostiene que los principios morales son el vehículo por medio del cual los efectos de una regla de reconocimiento incorporacionista que permiten terminar con una disputa se vuelven discernibles y más expresivos. Para Kramer, cuando estos preceptos morales son aducidos en los casos difíciles en un sistema incorporacionista moderado, operan de dos formas. Por un lado, facilitan o permiten a los jueces el figurarse lo que requiere la regla de reconocimiento. Por el otro, son el medio por el cual los requerimientos de la regla de reconocimiento se expresan a los ciudadanos y a los funcionarios.<sup>815</sup>

No obstante, para Shapiro estos principios morales no satisfacen la tesis de la diferencia práctica, que se encuentra conectada con la visión funcionalista del derecho de Hart. A juicio de Kramer, este problema se supera simplemente reemplazando la idea de que *toda* norma debe guiar las conductas, por la concepción de que la *mayoría* de las normas deben guiar las conductas. De hecho, tanto el ELP como el incorporacionismo

813 *Ibidem*, p. 127.

814 *Ibidem*, p. 129.

815 *Ibidem*, pp. 131 y 132.

moderado consideran que el sistema jurídico tiene un papel de guía en la mayoría de los casos, pero no en todos. En lo único que difieren estas posiciones es en cómo se han de clasificar los preceptos morales invocados en los casos difíciles; es decir, si estos principios son o no jurídicos.<sup>816</sup> En definitiva, Kramer propone construir la tesis de la diferencia práctica como una afirmación en parte empírica y no como una afirmación puramente conceptual.<sup>817</sup>

Para finalizar, Kramer enfrenta la crítica de Shapiro que sugiere que los problemas del incorporacionismo fuerte son compartidos por el incorporacionismo moderado. En concreto, Shapiro sugiere que las reglas de reconocimiento son reglas convencionales, y que las reglas convencionales deben ser practicadas, ya que no basta con que la gente trate de conformarlas. Para responder a este argumento, Kramer recurre a la distinción entre desacuerdos sobre el contenido y desacuerdos sobre la aplicación, propuesta por Coleman. Lo que se busca observar es que no en todos los casos difíciles se discute sobre el criterio de la regla de reconocimiento. En algunos casos difíciles se discute sobre la aplicación de dicho criterio. Así, para Kramer, “la divergencia al nivel de la aplicación no excluye la convergencia al nivel de la existencia de las normas y de su tenor general”.<sup>818</sup> En definitiva, Kramer sostiene que un comportamiento no convergente puede ser orientado por una norma convencional, funcionando como un único fundamento para tipos de conductas dispares, que emergen de la aplicación de esa norma.<sup>819</sup>

Por todo esto, Kramer considera que la razón por la que hay que evitar el incorporacionismo fuerte se encuentra al nivel de la aplicación de sus normas. En este tipo de incorporacionismo y a este nivel, las inconsistencias sobre las decisiones de los funcionarios son tan grandes que no permiten que el derecho canalice la regularización de las conductas, al punto que no puede afirmarse que existe un sistema jurídico.<sup>820</sup>

816 *Ibidem*, pp. 133 y 134.

817 *Ibidem*, p. 135.

818 *Ibidem*, p. 140.

819 *Ibidem*, p. 141.

820 *Ibidem*, p. 142.

## III. EL DEBATE SOBRE EL DESAFÍO DE LA CARTA

Según Dworkin, una teoría jurídica que niegue o rechace la posibilidad de que los sistemas jurídicos incorporen principios morales resulta incapaz de explicar el funcionamiento del *common law* y del sistema jurídico norteamericano. Además, el desarrollo del neoconstitucionalismo parece mostrar —esta vez desde la tradición del derecho continental— que las Constituciones incorporan al derecho un extenso número de valores fundamentales que deben ser tenidos en cuenta por los jueces para resolver los casos. Más aún, para un sector relevante de esa tradición, la Constitución misma es entendida primordialmente como un orden o sistema de valores.<sup>821</sup>

Estas afirmaciones parecen mostrar con claridad la necesidad de que el positivismo jurídico reconozca la presencia e importancia de los principios y valores morales en los sistemas jurídicos.<sup>822</sup> De esta manera, puede decirse que las críticas de Dworkin, junto con las observaciones que realiza el neoconstitucionalismo generan una serie de dificultades concretas al positivismo jurídico.<sup>823</sup> Debido a que el análisis de los desa-

821 Cfr. Cruz, L. M., *La Constitución como orden de valores: problemas jurídicos y políticos. Un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo*, Granada, Comares, 2005, *passim*.

822 Algunos autores han denominado este desafío “argumento de contraste con la práctica”. Este argumento supone que el núcleo del positivismo jurídico se identifica con la tesis de las fuentes sociales y que nuestras prácticas jurídicas parecen desmentir esta tesis. Cfr. Bayón, J. C., “Derecho, convencionalismo y controversia”, en Navarro, P. E. y Redondo, M. C. (eds.), *La relevancia del derecho: Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, *cit.*, nota 224, pp. 57-92.

823 De hecho, algunos autores positivistas se han ocupado específicamente del desafío que supone para el positivismo jurídico la existencia del fenómeno del Neoconstitucionalismo, aceptando como implícitamente necesario optar por un positivismo incluyente para responder debidamente a él. Un ejemplo claro de esta posición es la defendida por Prieto Sanchís. Según este autor, el mérito de las críticas al positivismo es que revolucionan el conocimiento jurídico y las prácticas excesivamente formalistas, autosuficientes y propias de un estado liberal decimonónico. Gracias a que el constitucionalismo muestra una pluralidad de tipologías normativas, la pluralidad del sistema de fuentes y la complejidad de los juicios de ponderación, hoy parece imposible mantener las tesis del positivismo teórico. No obstante, a juicio de Prieto Sanchís la tesis de la discrecionalidad judicial parece poseer mejores razones que la tesis de la única respuesta correcta, y la tesis de la separación conceptual puede ser defendida sin mayores complicaciones. Por esto, a juicio de este autor, el positivismo debe deshacerse de algunas tesis arcaicas que sostienen la neutralidad y la científicidad del derecho, defendiendo que la tesis que niega la relación conceptual entre derecho y moral no es desmentida por casos circunstanciales como



fíos que plantea el neoconstitucionalismo al positivismo jurídico no forma parte de la finalidad de este trabajo, nos limitaremos ahora a poner sobre el tapete la relevancia de la cuestión. No obstante, hay que admitir la similitud existente entre los desafíos que pueden generar para el positivismo jurídico las críticas de Dworkin —basadas en su observación del *common law*— y las que se pueden derivar de la observación del funcionamiento de un sistema jurídico regulado por una moderna Constitución.<sup>824</sup>

Hecha esta aclaración, a continuación se estudiará cómo algunos defensores del ILP consideran que su versión del positivismo jurídico es capaz de afrontar lo que Waluchow denomina los desafíos de la carta, mientras que el ELP pareciera no estar en condiciones de acometer esta empresa. Junto con esto, se mostrará cómo este ataque del ILP contra el ELP ha generado una discusión acerca de cuál de estas versiones del positivismo jurídico es la que se encuentra en mejores condiciones para afrontar el desafío derivado de la existencia de sistemas jurídicos que hacen referencia a la moral en sus normas jurídicas.

### 1. *El inclusive legal positivism y las cartas constitucionales de derechos*

El ILP realiza un gran esfuerzo para intentar explicar lo que considera un hecho obvio: que algunos ordenamientos jurídicos han reconocido explícitamente la incorporación de la moral en el derecho. Sin embargo, busca lograr este objetivo sin transformarse en una posición iusnaturalis-

los propuestos por los Estados constitucionales. *Cfr.* Prieto Sanchís, L., *Constitucionalismo y positivismo jurídico*, México, Fontamara, 1997, pp. 93-96 En la misma línea que este trabajo también pueden verse Prieto Sanchís, L., “El constitucionalismo de principios, ¿Entre el positivismo y el iusnaturalismo? (A propósito de “El derecho Dúctil” de Gustavo Zagrebelsky)”, *Anuario de Filosofía del derecho XIII*, 1996, pp. 125-158; Pino, G., “The Place of Legal Positivism in Contemporary Constitutional States”, *Law and Philosophy*, 18, núm. 5, 1999, pp. 513-536; Pozzolo, S., “Neocostituzionalismo e positivismo giuridico”, *Analisi e diritto*, 47, Torino, Giappichelli, 2001; Ródenas, Á., “¿Qué queda del positivismo jurídico?”, *Doxa*, 26, 2003, pp. 417-448 y Moreso, J. J., “En defensa del positivismo jurídico incluyente”, en Navarro, y Redondo, (eds.), *La relevancia del derecho: Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, cit., nota 224, pp. 93-116.

<sup>824</sup> *Cfr.* Bongiovanni, G., “La teoría “constituzionalistica” del diritto di Ronald Dworkin”, en Zanetti, G. (ed.), *Filosofía del diritto contemporanei*, Milán, Cortina, 1999.

ta.<sup>825</sup> Esto es lo que, a juicio de algunos incluyentes,<sup>826</sup> hace preferible al ILP frente al ELP, ya que, una “lectura cuidadosa de cualquier carta de derechos [más allá de lo que los jueces opinen sobre la misma] revela que los argumentos morales juegan un papel vital”.<sup>827</sup> Por esto, el ILP adapta el positivismo a estas exigencias permitiendo, a juicio de sus defensores, escapar de una visión distorsionada sobre el modo en que las cartas de derechos son entendidas, interpretadas y aplicadas.

Además, algunos incluyentes —como Waluchow— sostienen que el ELP no ofrece una visión descriptiva-explicativa adecuada sobre cómo se aplican las cartas de derechos.<sup>828</sup> De hecho, para estos incluyentes, el ELP se encuentra en abierta oposición a la comprensión general de las Constituciones modernas. A diferencia de lo que parece pregonar el ELP, las Constituciones suelen hacer una llamada a que la moral sea incorporada como criterio de validez jurídica, o simplemente a que pueda servir en la resolución de determinados conflictos jurídicos. Así, en muchos sistemas constitucionales, consideraciones basadas en juicios morales pueden lograr tanto la resolución de conflictos jurídicos como la exclusión de la aplicación de normas que en principio pertenecen al sistema. No obstante, para algunos incluyentes la remisión del legislador a criterios extrajurídicos no es el único mecanismo que permite a los

825 *Cfr.* ILP, pp. 80-84, 106-113, 166-190. Sobre esto también puede verse Villa, V., “Inclusive Legal Positivism e Neo-Giusnaturalismo: Lineamenti di una Analisi Comparativa”, *Persona y derecho*, 43, 2000, pp. 33-97.

826 Resulta importante tener en cuenta que para algunos incluyentes el argumento por el cual se afirma que el ILP posee mayor precisión descriptiva que el ELP, en lo que respecta a la explicación de cómo las constituciones incorporan valores morales al derecho, debe ser rechazado. En concreto, para Coleman este argumento no sirve porque el debate ILP/ELP es conceptual y no descriptivo. *Cfr.* POP, p. 109.

827 ILP, p. 149.

828 Waluchow no sólo defiende que de hecho las cartas de derechos de las modernas democracias incorporan la moral al derecho, sino que también considera que estas declaraciones de derechos son un elemento valioso que puede poseer un ordenamiento jurídico. En “Constitutions as Living Trees: An Idiot Responds”, Waluchow defiende la existencia de la declaración de derechos en las constituciones y la revisión judicial contra los argumentos de Jeremy Waldron. De hecho, compara las cartas de derechos constitucionales con árboles vivientes (*Constitutions as living trees*), porque ambos poseen sus raíces fijas, pero sus ramas pueden desarrollarse a lo largo del tiempo. En concreto, Waluchow considera que las cartas de derechos constitucionales pueden desarrollarse por medio de la teoría del *Common Law* sobre el desarrollo de los derechos morales. Más detalles, en Waluchow, W., “Constitutions as Living Trees: An Idiot Responds” (2004), en [http://www.law.nyu.edu/newscaldars/2003\\_2004/legalphilosophy/waluchow.pdf](http://www.law.nyu.edu/newscaldars/2003_2004/legalphilosophy/waluchow.pdf), pp. 1-58.

operadores jurídicos aplicar normas no identificables autoritativamente; antes bien, existen otros mecanismos que pueden ser considerados una respuesta de nuestras prácticas jurídicas interpretativas a diversos problemas jurídicos. En este sentido, pueden observarse figuras como la *analogia legis* —prevista en muchos ordenamientos jurídicos— o construcciones doctrinales como la de la interpretación extensiva.<sup>829</sup>

En concreto, Waluchow considera que el ELP parece contradecir la práctica constitucional canadiense. Con esta finalidad, observa: (1) La carta canadiense —y no los jueces— crea y atrinchera derechos fundamentales que los canadienses tienen frente al gobierno. (2) Los estándares de moral política que se encuentran en la carta son indeterminados, pero esta indeterminación no es tan grande como para requerir la creación de nuevo derecho por parte de los jueces cuando los aplican. (3) La carta constitucional canadiense posee una fuerza institucional especial, pues al haber sido proclamada ley suprema del país, deja sin efectos a cualquier ley que la contradiga.<sup>830</sup>

Además, también señala que el ELP contradice asimismo la práctica judicial, que muchas veces intenta evitar, con sus interpretaciones, las injusticias manifiestas, las resoluciones absurdas o las soluciones moralmente repugnantes. En estos casos, estándares de moralidad y racionalidad sirven para determinar el contenido de las normas jurídicas, algo que el ELP nunca aceptaría. En definitiva, para Waluchow, con demostrar que el ELP contradice la práctica de la carta de derechos canadiense, es suficiente para rechazar la afirmación universal realizada por el ELP.<sup>831</sup>

En síntesis, para algunos incluyentes el ILP posee mayor potencial explicativo y resulta más atractivo desde el punto de vista teórico que el ELP. Todo esto porque mantiene su adhesión al positivismo y es capaz simultáneamente de amoldarse al derecho de los Estados constitucionales contemporáneos, que incorporan la moral al derecho. De esta forma, se sostiene que el positivismo jurídico puede aceptar una noción de validez jurídica que admite criterios sustanciales y no sólo formales.<sup>832</sup>

829 Cfr. Ródenas, Á., “¿Qué queda del positivismo jurídico?”, *Doxa, cit.*, nota 823, pp.420-426.

830 Cfr. *ILP*, pp. 158-160.

831 *Ibidem*, pp. 164 y 165.

832 Cfr. Villa, V., “Inclusive Legal Positivism e Neo-Giusnaturalismo: Lineamenti di una Analisi Comparativa”, *Persona y derecho, cit.*, nota 825, pp. 62-80.

## 2. *La explicación excluyente de las cartas constitucionales que remiten a la moral*

De lo hasta aquí expuesto puede observarse que frente al casi incontrovertido hecho de que en la actualidad los sistemas jurídicos suelen hacer referencia a valores o principios morales, el positivismo jurídico ofrece por lo menos dos tipos de respuestas.<sup>833</sup> En primer lugar, el positivismo incluyente responde que el positivismo hartiano es absolutamente compatible con la posibilidad de que los jueces apelen a razones morales para determinar el derecho existente. En segundo lugar, el positivismo excluyente no niega que el derecho haga —de hecho— referencias a la moral. Sin embargo, afirma que esto no implica que la moral haya sido incorporada al derecho. Por el contrario, sostiene que cada vez que los jueces apelan a las razones morales a las que el propio sistema jurídico remite, están creando nuevo derecho o están adoptando criterios extrajurídicos.

Con esta posición, el ELP no sólo pretende demostrar que su versión del positivismo jurídico no contradice la interpretación ordinaria de las cartas de derechos, sino que de hecho ofrece una explicación de los casos en que la carta de derechos es aplicada que resulta superior a la presentada por el ILP. En definitiva, el ELP sostiene que es la versión del positivismo que mejor explica la normal comprensión de las normas constitucionales, la validez jurídica, los cambios del derecho y el papel autoritativo de los tribunales en los sistemas de *common law*.

Al defender su versión del positivismo jurídico, Raz sostiene que la existencia y el contenido del derecho están completamente determinados por fuentes sociales.<sup>834</sup> En concreto, para este autor, las fuentes de derecho son aquellos hechos en virtud de los cuales el derecho es válido, y por medio de los cuales es identificado su contenido.<sup>835</sup> Así, por ejemplo,

833 Sin duda alguna, existen otras versiones del positivismo jurídico —aparte del ILP y del ELP— que opinan sobre las referencias jurídicas a la moral. De hecho, en el segundo capítulo se pudo observar la particular posición de Schauer. Además, otros modos de concebir al positivismo jurídico —como el positivismo ético de autores como Campbell— pueden presentar estas referencias jurídicas a la moral como algo defectuoso o imperfecto, es decir, como una realidad que podría ser mejorada en la medida en que se suprimiesen tales incorporaciones o remisiones a la moral, pues ello evitaría en buena medida la arbitrariedad.

834 *Cfr. AL*, p. 46.

835 *Ibidem*, pp. 47 y 48.

el derecho posee fuentes parlamentarias, interpretativas, estatutarias, formadas por precedentes judicialmente reconocidos o por la costumbre, et-  
cétera. En definitiva, por un amplio rango de diversos tipos de hechos.<sup>836</sup>

Para diferenciar su posición de las teorías incluyentes, Raz admite que las fuentes del derecho pueden dirigir o requerir a los funcionarios que las cuestiones no reguladas —aquellas en relación con las cuales el derecho es indeterminado— sean determinadas con base en consideraciones morales.<sup>837</sup> De hecho, aunque admite que existen reglas que remiten a consideraciones morales, aclara que si bien dichas reglas son parte del derecho —por ser determinadas por fuentes sociales— las consideraciones morales a las que hacen referencia no se incorporan al derecho. Para reforzar esta afirmación, Raz sostiene que este tipo de reglas son análogas a las normas que imponen el deber de aplicar el derecho extranjero, el cual permanece no obstante independiente y fuera del sistema jurídico local.<sup>838</sup>

A partir de estas afirmaciones, Raz distingue entre aplicar el derecho mediante herramientas jurídicas y crearlo usando argumentos morales; o entre el derecho establecido (*settled*) —el cual puede ser aplicado— y el derecho no establecido —el cual necesita ser desarrollado por medio de consideraciones morales o extra-jurídicas para ser aplicado—. <sup>839</sup> De hecho, al referirse a las lagunas del derecho, Raz observa que uno de los modos en que la tesis de las fuentes es responsable de crear lagunas jurídicas tiene lugar cuando el derecho hace que ciertas normas jurídicas estén sujetas a consideraciones morales —u otro tipo de consideraciones no basadas en las fuentes—. Esto, a juicio de Raz, hace que este tipo de normas sólo sean válidas en principio, ya que la validez definitiva de estas normas depende de lo que determine un juez. Para Raz, esto es una consecuencia de la tesis de las fuentes, en virtud de la cual los tribunales poseen discrecionalidad cuando se les requiere que apliquen consideraciones morales.<sup>840</sup>

Con base en esta argumentación, se defenderá desde el ELP que los casos en los que se disputan derechos constitucionales se entienden mejor como desarrollos del derecho preexistente. De hecho, Raz explica cómo

836 *Ibidem*, p. 48.

837 *Ibidem*, pp. 45 y 46.

838 *Ibidem*, p. 46.

839 *Ibidem*, pp. 48-50.

840 *Ibidem*, p. 75.

mo el derecho prevé y permite su propio desarrollo por medio de la delegación de poder (*directed power*). Así, por medio de la idea de delegación de poder, se busca explicar la potestad de los tribunales para modificar el derecho siguiendo las líneas establecidas por el mismo derecho.<sup>841</sup> De esta forma, Raz observa que “cuando estudiamos el desarrollo de las sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos acerca, por ejemplo, de la libertad de expresión..., somos conscientes de la existencia de una idea general que señala que tales sentencias han desarrollado en gran medida la protección de la libertad de expresión en los Estados Unidos”<sup>842</sup>.

Además, al referirse al razonamiento jurídico, Raz distingue entre “razonamiento para establecer el contenido del derecho” y “razonamiento con arreglo al derecho”.<sup>843</sup> En su opinión, el primero de ellos se rige por las fuentes del derecho, mientras que el segundo consiste a menudo en un razonamiento moral directo.<sup>844</sup> Así, sostiene que en primer lugar es preciso realizar un “razonamiento para establecer el contenido del derecho” —razonamiento gobernado por las fuentes—, y una vez completado este razonamiento, puede que el derecho identificado permita a los jueces introducir excepciones en las normas jurídicas, solicitándoles que razonen ahora “con arreglo a derecho”.<sup>845</sup>

Por último, resulta necesario analizar un argumento —relacionado con el anteriormente presentado— que busca demostrar que el ELP puede explicar el hecho de que las cartas constitucionales hagan referencia a la moral. En este sentido, si bien Raz rechaza expresamente que la moral sea incorporada al derecho cuando las fuentes del derecho remiten a consideraciones extrajurídicas, reconoce que de hecho el derecho muchas veces hace referencia a la moral y sugiere que este fenómeno puede ser explicado distinguiendo entre las nociones de *validez* de una norma y de

841 Cfr. *EAP*, pp. 264-266.

842 *Ibidem*, pp. 268-271.

843 Cfr. Raz, J., “Postema on Law’s Autonomy and Public Practical Reasons: A Critical Comment”, *Legal Theory*, 4, 1998, pp. 5 y 6.

844 Cfr. *EAP*, pp. 354-355.

845 Cfr. Raz, J., “Postema on Law’s Autonomy and Public Practical Reasons: A Critical Comment”, *Legal Theory*, *cit.*, nota 843, p. 6 y Cfr. *EAP*, pp. 352-357. Atria considera que la descripción que Raz hace de su teoría del razonamiento jurídico es incompatible con su tesis de las fuentes. A su juicio, Raz no quiere extraer de su Teoría del derecho —donde la tesis de las fuentes y de la autoridad del derecho tienen un gran protagonismo— las consecuencias naturales para el razonamiento jurídico. Cfr. Atria, F., “Del derecho y el razonamiento jurídico”, *Doxa*, 22, 1999, p. 113.

*obligación* de aplicarla.<sup>846</sup> Así, se observa que las normas que obligan a los jueces en un determinado sistema jurídico no tienen por qué coincidir con el conjunto de normas que forman parte de ese sistema jurídico.<sup>847</sup> Un ejemplo claro de esta distinción es ofrecido por el mismo Raz cuando equipara las remisiones que hacen las fuentes jurídicas a la moral, con las remisiones que hacen las “normas de conflicto” a ordenamientos jurídicos extranjeros. En ambos casos se remite a sistemas normativos que, si bien no pertenecen al sistema jurídico que realiza la remisión, existe la posibilidad de que sean aplicados si una norma obliga a los jueces a hacerlo en determinados casos.<sup>848</sup>

Marmor comparte la visión de Raz de que la referencia a la moral por parte del derecho implica un otorgamiento de poder (*power-conferring*) a los jueces para que cambien el derecho de una forma guiada y limitada. No obstante, considera que no siempre que el derecho hace referencia a la moral realiza una delegación de poder. Para este autor, muchas veces cuando el derecho hace referencia a términos morales sólo hace referencia a la moral positiva. Por ejemplo, cuando el derecho utiliza nociones como “indecencia” u “obscenidad”, “no hace más que prescribir una referencia a ciertos valores compartidos y reconocidos como tales”.<sup>849</sup> No obstante, para Marmor, esta técnica legislativa es precaria, porque genera que muchas veces los jueces interpreten esta referencia a la moral como un poder delegado para cambiar el derecho con referencia a valores mo-

<sup>846</sup> Un extenso análisis sobre la relación entre normas aplicables y normas pertenecientes a un sistema jurídico puede verse en Navarro, P., Orunesu, C., Rodríguez, J. y Sucar, G., “La aplicabilidad de las normas jurídicas”, en Comanducci, P. y Guastini, R. (eds.), *Analisi e diritto 2000: Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, G. Giappichelli, 2001, pp. 133-152.

<sup>847</sup> Cfr. *AL*, pp. 46 y 47.

<sup>848</sup> *Ibidem*, 46. Para Raz, cuando el derecho hace referencia a la moral, otorga discrecionalidad a los jueces para que decidan esas cuestiones. Cfr. *ibidem*, p. 75. Sin embargo, también parece admitir que, por lo menos en algunos casos, la moral puede resultar obligatoria para los jueces. Por esto, autores como Coleman creen que, para Raz, no siempre que el derecho hace referencia a la moral está otorgando discrecionalidad a los jueces. Cfr. *POP*, pp. 106 y 107.

<sup>849</sup> Marmor, A., *Positive Law and Objective Values*, *cit.*, nota 604, p. 68. Ródenas comparte con Marmor la idea de que estas dos posibles interpretaciones de la referencia jurídica a la moral no pueden ser compatibles si se las presenta como posibles interpretaciones para los mismos casos. Esto se debe a que, toda vez que el intérprete está sujeto a unas pautas sociales compartidas, la creación de nuevo derecho —discrecionalidad— no tiene cabida. Cfr. Ródenas, Á., “¿Qué queda del positivismo jurídico?”, *Doxa*, *cit.*, nota 823, p. 427, n. 20.

rales correctos.<sup>850</sup> Por último, Marmor se pregunta por qué su visión sobre la referencia jurídica a la moral no es universalmente reconocida. Para él, se debe a razones que tienen que ver con la conveniencia institucional, debido a que el Poder Legislativo delegado que poseen los jueces en estos casos es retroactivo. Así, cuando los jueces declaran inconstitucional una norma, esta declaración es retroactiva. Para Marmor, como resulta poco conveniente reconocer que las autoridades judiciales tienen tal poder, se despliega sobre esta cuestión una cortina de humo.<sup>851</sup>

### 3. *Críticas a la explicación excluyente*

Otros autores —no todos ellos incluyentes— observan lo problemática que puede resultar la respuesta que ofrece el ELP al *desafío de la carta*. En concreto, Moreso señala que si siempre que el derecho apela a la moral le concede a los jueces discreción para decidir los casos, debido a que las democracias modernas remiten a menudo a la moral, la discreción de los órganos de aplicación sería desaconsejablemente amplia.<sup>852</sup> En este sentido, Bayón cree poco verosímil la idea de que siempre que el derecho remite a la moral se está otorgando plena discrecionalidad al juez. Para Bayón, “[q]ue nuestras convenciones interpretativas consientan o incluso impongan desviaciones del significado literal u ordinario en determinadas circunstancias y en determinada dirección, es una cosa; y otra, muy distinta, que otorguen discrecionalidad al juez para hacerlo en las circunstancias y en la dirección que estime moralmente procedente”.<sup>853</sup> Más allá de esta observación, este autor considera que resulta más interesante poner a prueba la coherencia interna de la construcción de Raz. Para Bayón, el precio que Raz debe pagar para poder responder al desafío de la carta es la renuncia a su argumento de la autoridad. A partir de esta afirmación, advierte que si las convenciones interpretativas existentes implican que el derecho ha renunciado a su pretensión de consti-

850 Cfr. Marmor, A., *Positive Law and Objective Values*, cit., nota 604, p. 69.

851 *Ibidem*, p. 68.

852 Cfr. Moreso, J. J., “En defensa del positivismo jurídico incluyente”, en Navarro, P. E. y Redondo, M. C. (eds.), *La relevancia del derecho: Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, cit., nota 224, p. 95.

853 Bayón, J. C., “Derecho, convencionalismo y controversia”, en Navarro, P. E. y Redondo, M. C. (eds.), *La relevancia del derecho: Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, cit., nota 224, p. 65.



tuir un conjunto de razones perentorias, se ha de concluir —según las propias premisas de la tesis de la autoridad de Raz— que se ha autoanulado como genuino derecho. En definitiva, si bien es conceptualmente posible que existan convenciones que se autoanulan, esto parece resultar contraintuitivo y además implica la renuncia a la convicción de que un rasgo esencial del derecho es su pretensión de autoridad.<sup>854</sup> Por estas mismas razones, Ródenas afirma que “si los jueces tuvieran discrecionalidad para apartarse de las fuentes prescritas en las circunstancias y en la dirección que estimen moralmente procedentes, la idea de autoridad del derecho se desvanecería... [Esto se debe a que] el derecho pretende que las pautas por él ofrecidas constituyen una razón suficiente para que se produzca la conducta conforme”.<sup>855</sup>

Con respecto a la posibilidad de explicar el hecho de que las Constituciones hagan referencia a la moral distinguiendo entre la *validez de una norma* y su *obligación de aplicarla*, Iglesias considera que “esta distinción es claramente artificiosa cuando hacemos referencia a la presencia de predicados morales, si bien es ciertamente útil para dar cuenta del derecho extranjero”.<sup>856</sup> Para esta autora resulta equivocado relacionar expresiones como “trato cruel” con problemas de aplicabilidad, cuando en realidad se trata más bien de problemas de vaguedad. Además, esta visión conduce a resultados contraintuitivos como es el que un “catálogo de derechos y principios con rango constitucional es meramente aplicable y, por tanto, a pesar de ser vinculante para los jueces, no pertenece al ordenamiento jurídico por incluir predicados evaluativos”.<sup>857</sup>

Para Moreso, por más que este argumento parece convertir el debate sobre el concepto de validez como *pertenencia* o como *aplicabilidad* en un desacuerdo meramente conceptual, es decir, en un desacuerdo acerca del modo en que se usa el concepto de validez jurídica, la tesis de la discrecionalidad sigue siendo polémica. Para Moreso, el problema de las pautas morales es si son aptas para guiar a los jueces o si, en cambio, re-

854 *Ibidem*, pp. 66-69.

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

856 Iglesias Villa, M., “Discreción judicial y positivismo jurídico. Los criterios sustantivos de validez”, en Carbonell, M.; Fix-Fierro, H. y Vázquez, R. (eds.), *Jueces y derecho*, Mexico, Porrúa, 2004, pp. 230 y 231.

857 *Ibidem*, p. 232.

miten a su discrecionalidad. Para este autor, esta cuestión no puede ser resuelta con la distinción anteriormente mencionada.<sup>858</sup>

Por su parte, al estudiar la opinión de Raz sobre las lagunas jurídicas, Endicott considera que resulta sorprendente su afirmación de que siempre que el derecho apela a consideraciones morales los jueces poseen discrecionalidad. Para Endicott, esta afirmación de Raz parece estar en contradicción con el derecho inglés.<sup>859</sup> A juicio de Endicott, Raz debería afirmar que la tesis de las fuentes implica que los tribunales tienen discrecionalidad sólo en algunos, es decir, no en todos los casos en los que el derecho apela a consideraciones morales. Para este autor, la tesis de las fuentes implica que existe una laguna en el derecho siempre que el derecho apela a consideraciones morales. No obstante, a su juicio, las lagunas en el derecho no siempre confieren discrecionalidad a los jueces.<sup>860</sup> En definitiva, lo que se sostiene es que la vaguedad es la única fuente importante de discrecionalidad, además de las concesiones expresas de discrecionalidad o las convenciones que otorgan a los tribunales poder para desarrollar el derecho. Así, las remisiones que el derecho hace a consideraciones morales sólo otorgan discrecionalidad a los jueces cuando estas consideraciones son vagas. De esta forma, Endicott pretende ofrecer una interpretación de la tesis de las fuentes que evite resultados sorpresivos para los operadores del derecho.<sup>861</sup>

Para Coleman, la estrategia de Raz de distinguir entre los estándares que obligan a los jueces y los estándares que son parte del derecho de una comunidad parece venir acompañada de una comprensión sofisticada de la discrecionalidad. Coleman hace esta observación al puntualizar cómo, para Raz, los estándares morales pueden a veces ser obligatorios para los funcionarios sin por esto ser parte del derecho, y cómo esto implica que los positivistas no están comprometidos con la idea de que

<sup>858</sup> Cfr. Moreso, J. J., “En defensa del positivismo jurídico incluyente”, en Navarro, P. E. y Redondo, M. C. (eds.), *La relevancia del derecho: Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, cit., nota 224, pp. 96 y 97.

<sup>859</sup> En concreto, Endicott observa —tomando un ejemplo presentado por Raz— que si esta afirmación de Raz fuese correcta, debido a que el derecho contractual inglés condiciona la validez de los contratos a una serie de consideraciones morales, todos los contratos sólo podrían gozar de una validez *prima facie*, y podrían ser discrecionalmente declarados inválidos por los tribunales. Cfr. Endicott, T., “Raz on Gaps—the Surprising Part”, en Meyer, L., Paulson, S. y Pogge, T. (eds.), *Rights, Culture, and the Law*, cit., nota 498, 2003, p. 99.

<sup>860</sup> *Ibidem*, p. 100.

<sup>861</sup> *Ibidem*, pp. 100 y 114 y 115.

siempre que un juez apele a principios morales estará aplicando una norma discrecional; es decir, una norma que se puede ignorar libremente. En definitiva, para Coleman el ELP admite que los principios morales pueden ser: (1) estándares obligatorios que no son parte del derecho; (2) estándares obligatorios que son parte del derecho —en virtud de tener la fuente social requerida—; y (3) estándares no obligatorios que entran en el razonamiento jurídico como estándares discrecionales. Sin embargo, para Coleman, lo que distingue al ILP del ELP es que sólo el ILP admite que la moralidad de una norma pueda ser una condición de su juridicidad. Para este autor, el ILP descansa en la distinción entre la *base* y el *contenido* de los criterios de legalidad. A partir de esta distinción, el ILP afirma que si bien la *base* de este criterio debe ser un hecho social —una convención entre los funcionarios—, el criterio mismo no necesita remitir a hechos sociales. Por el contrario, el ELP sostiene que tanto la regla de reconocimiento como el criterio de juridicidad —que se encuentra dentro de ésta— deben remitir a fuentes sociales. Por todo esto, a juicio de Coleman, el ILP está preparado para aceptar más afirmaciones de Dworkin que el ELP.<sup>862</sup>

Sobre esta cuestión, Kramer afirma que tanto el ELP como el incorporacionismo moderado —aunque esto mismo es aplicable a cualquier tipo de incorporacionismo— mantienen que los jueces de algunos sistemas jurídicos invocan a la moral para resolver los casos difíciles. Es decir, los casos que no pueden ser resueltos con base en las normas jurídicas que derivan de las fuentes legislativas/judiciales/administrativas ordinarias. De hecho, para Kramer, ambas teorías creen que el recurso a la moral en los casos difíciles es jurídicamente obligatorio más que discrecional.

En opinión de este autor, lo que diferencia al incorporacionismo moderado del ELP no es el papel determinante de los principios morales en los casos difíciles, ni la obligatoriedad de este papel, sino el estatus de los preceptos morales. Es decir, la cuestión es si los principios morales que sirven para resolver los casos difíciles son o no normas jurídicas; o, si se quiere, si estas normas son parte del sistema jurídico que las aplica, o son normas similares a las de jurisdicciones extranjeras que son invocadas por los jueces en casos inusuales.<sup>863</sup>

<sup>862</sup> Cfr. *POP*, pp. 106-108.

<sup>863</sup> Cfr. Kramer, M., “How Moral Principles Can Enter into Law”, *Legal Theory*, 6, núm. 1, 2000, p. 103.

A fin de refutar la visión del ELP sobre las remisiones del derecho a la moral, Kramer se ocupa de mostrar las diferencias que existen entre las normas de derecho extranjero y las normas morales. Con esta finalidad, observa que los principios morales correctos no recaen bajo el control de nadie que se encuentre fuera del sistema jurídico en que estos principios son aplicados como estándares de conducta obligatoria. En cambio, el derecho extranjero se encuentra bajo el control de personas ajenas al sistema jurídico que lo aplica como derecho extranjero. De hecho, para Kramer, esto es lo que hace que las ocasionales aplicaciones del derecho extranjero no sean consideradas como incorporaciones de ese derecho a la matriz del sistema jurídico que lo aplica como derecho extranjero. Más aún, para Kramer, las apelaciones al derecho extranjero ni siquiera se parecen a las normas consuetudinarias. Para este autor, el derecho extranjero es producto de las decisiones de unas autoridades y por esto es altamente maleable o modificable. En cambio, las normas consuetudinarias surgen y se desarrollan gradualmente, sin depender de la decisión de ninguna autoridad y no son fácilmente modificables. En estos aspectos, las normas de costumbre se parecen más a las normas de la moral. Ambos tipos de normas no pertenecen a ninguna institución autoritativa fuera del sistema jurídico que las aplica, y, a su vez, ambas se encuentran flotando libremente hasta que son reconocidas formalmente. A juicio de Kramer, esto es lo que permite que estas normas puedan ser incorporadas y que las normas de derecho extranjero no gocen de esta disponibilidad. En resumen, Kramer sostiene que “los principios de moral positiva y los principios de moral crítica están mucho más cerca de los preceptos de costumbre que del derecho extranjero”.<sup>864</sup> Esto se debe a que tanto la moral positiva como la crítica no dependen de la decisión de una autoridad, ni son altamente maleables.

En definitiva, para Kramer, cuando los preceptos morales son invocados y aplicados, no se toman prestados de ninguna otra institución a la que realmente pertenecen. Esto significa que en algunas oportunidades los principios morales son parte del sistema jurídico en el que son invocados y aplicados. Sin embargo, aclara que esto no implica que todas las veces que los jueces recurren a principios morales en un régimen incorporacionista moderado estén aplicando derecho preexistente, pues no siempre que se aplican principios morales para resolver casos difíciles

<sup>864</sup> *Ibidem*, p. 106.

existe un único modo de jerarquizar estos principios. En estos casos, si bien el recurso de los jueces a los principios morales limita el rango de soluciones aceptables, no puede decirse que la solución dependa del derecho preexistente.<sup>865</sup> Por último, contra la réplica de Raz que sugiere que el incorporacionismo toma principios morales que no han sido aprobados por las instituciones que crean el derecho, Kramer observa que lo mismo sucede con la costumbre. De hecho, observa que Raz no niega a la costumbre su estatus jurídico por esta razón.<sup>866</sup>

En síntesis, Kramer sostiene que la posibilidad de distinguir entre el estatus de las normas morales o de costumbre y el estatus de las normas de derecho extranjero permite concluir que los principios morales a los que recurre un juez incorporacionista moderado en un caso difícil a veces son parte del derecho del sistema jurídico dentro del cual se los invoca y aplica.<sup>867</sup> Por todo esto, a su juicio, la explicación que el incorporacionismo moderado ofrece al hecho de que el derecho expresamente remite a la moral es mucho más satisfactoria que la que ofrece el ELP.<sup>868</sup>

#### 4. *La respuesta excluyente*

Contra los argumentos que Waluchow propone para demostrar que el ELP no da cuenta adecuadamente del sistema constitucional canadiense, Giudice sostiene que es necesario precisar varias cuestiones. Primero, contra el argumento que afirma que es la carta, y no los tribunales, la que crea y atrinchera los derechos fundamentales, y que es falso que los derechos jurídicos pasen a existir en virtud de una decisión judicial, Giudice considera que no es necesario que el ELP contradiga estas afirmaciones. Para este autor, es importante aclarar exactamente cómo las decisiones de los tribunales cambian y crean nuevo derecho. Para ello se requiere distinguir entre la creación y la modificación del derecho en el sentido de creación de nuevos derechos jurídicos, de la creación y modificación del derecho en el sentido de creación de nuevas reglas de construcción, encargadas de establecer especificaciones a los derechos jurídi-

<sup>865</sup> *Ibidem*, p. 107.

<sup>866</sup> *Cfr.* Kramer, M., *Where Law and Morality Meet*, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 92-97.

<sup>867</sup> *Cfr.* Kramer, M., "How Moral Principles Can Enter into Law", *Legal Theory*, *cit.*, nota 863, p. 108.

<sup>868</sup> *Ibidem*, pp. 104-107.

cos preexistentes.<sup>869</sup> Esto último significa que los derechos jurídicos están contruidos por algunas normas que especifican y desde ahí desarrollan esos derechos. Por ejemplo, Giudice observa que en Canadá el derecho a la igualdad incluye —entre otras reglas de construcción— la posibilidad de que las mujeres sean senadores. Así, cuando un tribunal aplica un derecho constitucional no está creando el derecho que ya existe, aunque puede estar creando una nueva regla de construcción que especifica y desarrolla ese derecho jurídico preexistente.<sup>870</sup> Incluso para Giudice, el ELP ofrece una visión más adecuada sobre la validez y la variación jurídica, porque cuando un tribunal aplica un derecho preexistente y crea una nueva regla de construcción que invalida otras normas, esas normas que eran válidas dejan de serlo y, por lo tanto, el derecho cambia. Esto permite explicar mejor la visión de que el derecho “no es estático sino que se encuentra en constante estado de desarrollo, y que la carta —y su desarrollo, y por lo tanto en general las apelaciones a razones morales— representa una importante parte de este continuo desarrollo”.<sup>871</sup>

En segundo lugar, se ha afirmado que el ELP está en contra de la Constitución canadiense, porque ésta afirma que ella es la norma suprema de la nación y que toda norma que la contradiga no tiene fuerza o efecto. En cambio, el ELP aparentemente sostendría que una norma pierde su efecto o fuerza no por ser contraria a la Constitución, sino sólo porque un juez así lo declara al interpretar la Constitución. Giudice considera que esta crítica pasa por alto matices muy importantes. Para este autor, es importante distinguir entre la existencia de una inconsistencia y la aplicación o el reconocimiento de un derecho o una medida jurídica para remediar esa inconsistencia. Así, el ELP no necesita negar que las inconsistencias puedan existir desde antes que un juez así lo declare. Sin embargo, esta inconsistencia solamente será reconocida, aplicada y producirá efectos cuando un tribunal la reconozca aplicando la provisión constitucional existente.<sup>872</sup>

Para explicar esto, Giudice aclara la conexión entre invalidez e inconstitucionalidad. Para Waluchow la conexión parece ser necesaria. Así, si una norma es inconsistente con una normativa moral de la carta, entonces

869 Cfr. Giudice, M., “Unconstitutionality, Invalidity and Charter Challenges”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, XV, núm. 1, 2002, p. 75.

870 *Ibidem*, p. 76.

871 *Ibidem*, p. 78.

872 *Ibidem*, p. 79.

esa norma es inválida o no existe. Para Giudice, esta visión es muy simple porque pasa injustificadamente de la inconstitucionalidad a la invalidez. Para el ELP, la conexión entre inconstitucionalidad e invalidez es contingente y se da en dos pasos: (1) se determina el derecho válido, simplemente identificando lo que los funcionarios reconocen y practican como derecho; y (2) se someten estos actos o decisiones de los funcionarios a los requerimientos constitucionales, y si se encuentra —o decide— que estos actos no cumplen con estos requerimientos, se requiere a los funcionarios que revisen e invaliden esos actos. Para Giudice lo que hace que la conexión entre la inconstitucionalidad y la invalidez sea contingente es el segundo paso, o el deber de invalidar las normas inconstitucionales, ya que puede ser que se falle en este intento. Es decir, la inconstitucionalidad puede no implicar la invalidez. Esta distinción permite dar sentido a la creencia que sugiere que las normas inconstitucionales nunca han sido derecho en un sentido pleno, ya que si bien la inconstitucionalidad puede preexistir a una decisión judicial, la invalidez no.<sup>873</sup>

En definitiva, Giudice considera que el ELP tiene buenos argumentos contra los desafíos de la carta, y que el ILP tiene una serie de problemas que debe afrontar. El primero de éstos se vincula a las siguientes preguntas: ¿cómo hace el ILP para explicar el derecho que en caso de ser impugnado sería determinado inconstitucional, pero que de hecho no ha sido impugnado?, ¿le negará el ILP su validez jurídica y por lo tanto su existencia, aun cuando continúa siendo aplicado? ¿es el ILP insensible a la práctica o a la costumbre real del derecho? Otro problema para la explicación incluyente de los casos en los que se aplican derechos constitucionales surge de la negación de que la carta incrementa significativamente la creación del derecho o el papel autoritativo de los tribunales. Para Giudice, sin duda este tipo de casos son un nuevo camino para modificar el derecho. De hecho, así parecen reconocerlo los grupos de presión que exigen cambios por esta vía.<sup>874</sup>

Además de estos argumentos de Giudice, recientemente<sup>875</sup> Raz ha ofrecido una réplica a los defensores de la idea que sugiere que los principios morales pueden pasar a formar parte del derecho al ser “incorpora-

873 *Ibidem*, p. 80.

874 *Ibidem*, pp. 81 y 82.

875 *Cfr. IL*, pp. 1-17.

dos” a éste.<sup>876</sup> Raz considera que el problema de la incorporación de la moral al derecho surge de una equivocada concepción sobre las relaciones entre el derecho y la moral. Así, observa que muchos teóricos no se preguntan cómo puede afectar el derecho a la moral, sino sólo al revés. Esto, a su juicio, genera muchos problemas.<sup>877</sup>

En concreto, para Raz el alcance de la moral es universal. A su juicio, la moral, a diferencia del derecho, no consiste en un sistema de reglas, pues hablar de la moral es simplemente un modo de hablar sobre algunas de las razones que tiene la gente para decidir sobre sus acciones. En definitiva, lo que Raz pretende afirmar es que los jueces, por más que no lo deseen, por el sólo hecho de ser seres humanos, están sujetos a la moral.<sup>878</sup> Una vez hecha esta aclaración, Raz se pregunta cuál es el sentido de las provisiones que dan efecto a la moral, si, de todas formas, los jueces igualmente están sujetos a ella. Para Raz, este tipo de referencias que hace el derecho a la moral tienen sentido porque ayudan a que el derecho module sus intervenciones en y sus modificaciones sobre el modo en que la moral nos afecta.<sup>879</sup> A su juicio, el derecho modifica el modo en que la moral se aplica y, al hacer esto, progresa sobre las cuestiones morales, en vez de eliminarlas.

A fin de aclarar estas afirmaciones, Raz observa tres modos en que esto ocurre: (1) el derecho concreta las consideraciones morales generales, determinando, para quienes se les aplican, qué implican tales consideraciones en sus vidas; (2) al dar forma pública y concreta a las consideraciones morales, el derecho también posibilita la aplicación (*enforcement*) relativamente uniforme y segura de estas consideraciones, haciendo que la confianza en ellas sea más segura y previendo injusticias en las relaciones entre los que están o no conformes con tales consideraciones; y (3) hace que los aciertos morales y las condiciones morales deseables sean más fáciles de lograr, y a veces hace posible lo que sería imposible sin su ayuda.<sup>880</sup>

876 En este trabajo, Raz se ocupa de criticar solamente la tesis incorporacionista, que sostiene que la moral puede ser una condición *suficiente* de validez. De hecho, aclara que en este trabajo no ha considerado la visión que sostiene que la validez de las normas jurídicas puede depender de normas morales o de otro tipo. *Cfr. ibidem*, p. 17, n. 21.

877 *Ibidem*, p. 2.

878 *Ibidem*, pp. 2 y 3.

879 *Ibidem*, p. 12.

880 *Ibidem*, p. 9.



Con base en los argumentos anteriormente ofrecidos, Raz analiza algunos ejemplos de supuesta incorporación de la moral al derecho. Como podrá observarse, los ejemplos que ofrece son los que los incluyentes suelen presentar para afirmar que el ILP explica mejor que el ELP el desafío que supone la existencia de cartas de derechos. En concreto, Raz se refiere al artículo 1 (1) de la Constitución alemana y a la primera enmienda norteamericana como ejemplos de incorporación.<sup>881</sup> A partir de estos ejemplos, se pregunta por el efecto que pueden tener estas supuestas incorporaciones de la moral al derecho, si de cualquier modo los jueces están sujetos a la moral. Para Raz, el supuesto caso de la incorporación de la moral es un ejemplo —entre otros— en el que los sistemas jurídicos apelan a otras regulaciones —como también puede ser el derecho extranjero— sin por esto hacerlas parte del derecho. Así, como se ha señalado, Raz distingue entre lo que es parte del derecho y los estándares que son obligatorios según el derecho.<sup>882</sup> Con ello pretende subrayar la idea, ya expuesta, de que las normas que vinculan a los jueces en un determinado sistema jurídico no tienen por qué coincidir con el conjunto de normas que forman parte de ese sistema jurídico.<sup>883</sup>

Como se ha señalado, Raz considera que las supuestas incorporaciones pueden explicarse mejor como referencias que ayudan al derecho a modular sus intervenciones en la moral y a modificar el modo en que las consideraciones morales nos afectan. Para precisar esta afirmación, ofrece tres ejemplos. En primer lugar, señala que cuando las Constituciones incorporan referencias a consideraciones morales, como la libertad de expresión, se limita el poder del Congreso y de quienes hacen las normas para modificar este aspecto de la moral. Así, las referencias constitucionales a la moral no serían típicamente casos de incorporación de la mo-

881 El artículo 1o. (1) de la Constitución de Alemania establece: “(1) La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”. Por su parte, la primera enmienda de la Constitución de Estados Unidos establece: “El Congreso no hará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente, o que coarte la libertad de palabra o de imprenta, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios”.

882 *Cfr. IL*, pp. 10-12. Este argumento ha sido retomado por Shapiro en “On Hart’s Way Out”, en Coleman, J. (ed.), *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, cit., nota 576, pp. 190 y 191. *Cfr.* también Navarro, P. Orunesu, C., Rodríguez, J. y Súcar, G., “La aplicabilidad de las normas jurídicas”, en Comanducci, P. y Guastini, R. (eds.), *Analisi e diritto 2000: Ricerche di giurisprudenza analitica*, cit., nota 846, pp. 133-152.

883 *Cfr. IL*, pp. 10 y 11.

ral, sino que, en realidad, son un medio para bloquear el poder que los legisladores ordinarios tienen para excluir o modificar el modo en que la moral nos afecta. En segundo lugar, sostiene que normalmente se vinculan estas supuestas incorporaciones con la revisión judicial. Para Raz, la revisión judicial no sólo permite que se cumpla lo señalado a propósito del primer ejemplo, sino que además otorga a los jueces el poder de modificar la aplicación de esas consideraciones morales, cuando examinan la compatibilidad entre la legislación y las consideraciones morales constitucionalmente protegidas. Por esto, un segundo uso de la supuesta incorporación de la moral al derecho consiste realmente en asignar poderes a las instituciones que crean derecho. Por último, Raz considera que las referencias legislativas a la moral pueden ser el equivalente jurídico de un procedimiento de decisión en varias etapas. A su juicio, las instituciones tienen muchas razones para utilizar este tipo de procedimiento. Por ejemplo, que algunas instituciones son mejores que otras para concretar o determinar algunos aspectos de una decisión. Así, una institución puede dejar preparado el marco en que se tomará una decisión, para que otra institución, con más información o en mejores condiciones, termine de decidir. A juicio de Raz, ésta parece ser la justificación de las delegaciones de poder legislativo que muchas veces se hacen en favor de los tribunales. De hecho, Raz considera que cuando se establece que los contratos contrarios al orden público (*public policy*) no son válidos, lo que se está haciendo es delegar en los tribunales un poder para dejar de lado estos contratos.<sup>884</sup>

En síntesis, Raz observa que si la moral se aplica a la gente y a los jueces, entonces todos estamos obligados por la moral antes de su incorporación, de modo que lo que parece ser una “incorporación” es en realidad una no-exclusión. Esto genera problemas para el incorporacionismo, ya que no queda claro en qué modo la incorporación introduce la moral en el derecho. Además, si la moral se aplica siempre, la tesis de la incorporación se equivoca al afirmar que la moral sólo se aplica cuando está incorporada. Con ello pretende poner de relieve que el incorporacionismo se equivoca al afirmar que sólo esta teoría puede dar cuenta de la existencia de normas que aparentemente incorporan la moral. A su juicio, la incorporación es en realidad una prevención para que el derecho no pueda excluir a la moral. Si bien nada de esto demuestra que la tesis

884 *Ibidem*, pp. 12-14.

de la incorporación sea falsa, genera dificultades que, a juicio de Raz, todavía no han sido resueltas con éxito.<sup>885</sup>

### 5. *Las dudas sobre el alcance práctico del debate*

Como puede observarse, tanto el ILP como el ELP parecen admitir que: (1) el derecho en algunas oportunidades hace referencia a la moral o remite a consideraciones morales; (2) estas referencias a la moral pueden obligar y de hecho muchas veces obligan a los funcionarios encargados de resolver los casos jurídicos; y (3) muchas cuestiones o casos difíciles son resueltos con base en consideraciones morales.

Ahora bien, una de las cuestiones más importantes que diferencian al ILP del ELP es el *debate sobre el estatus de los estándares morales a los que de hecho hacen referencia las normas jurídicas*; es decir, si los principios morales que sirven para resolver los casos son o no normas jurídicas; o, si se quiere, si estas normas son parte del sistema jurídico que las aplica, o bien, si son normas similares a las de sistemas extranjeros. En definitiva, si las referencias jurídicas a la moral ayudan a la determinación del derecho existente o si, por el contrario, esta referencia implica la aplicación de criterios obligatorios extra-jurídicos por parte de los jueces, no llevándose a cabo una verdadera incorporación de la moral en el derecho.

Es verdad que el ILP y el ELP parten de un punto aparentemente diferente. Para el ELP la tesis de las fuentes sociales excluye todo tipo de consideración que no sea fáctica como criterio para determinar lo que forma parte del derecho, mientras que para el ILP la moral puede —aunque no necesariamente debe— ser incorporada al derecho siempre y cuando exista una regla social —regla de reconocimiento— que establezca esto. También es cierto que tanto el ILP y el ELP parecen llegar a conclusiones diferentes, ya que para unos la moral no forma parte del derecho, mientras que para los otros sí puede formar parte del derecho. Sin embargo, estas divergencias no parecen producir ningún tipo de consecuencias concretas, ya que ambas versiones del positivismo jurídico admiten que los estándares morales pueden ser obligatorios para los jueces.

885 *Ibidem*, pp. 14-17.

Esto ha generado que algunos autores, como Finnis y Bix, hayan observado que esta distinción sólo parece referirse a un debate sobre lo que el ILP o el ELP entienden por “derecho”, más que una distinción capaz de producir consecuencias prácticas concretas.<sup>886</sup>

Sin embargo, algunos de los principales participantes de este debate sostienen lo contrario. Por esto, a continuación se analizarán los argumentos por los que estos autores afirman lo contrario.

Si bien Raz admite que la diferencia entre los estándares que los jueces deben aplicar sin ser parte del derecho y los que se deben aplicar por ser parte del derecho no parece tener consecuencias prácticas, a su juicio esto no supone que esta distinción no sea importante. En concreto, considera que los estándares que se toman del derecho extranjero, las reglas de otras organizaciones, los acuerdos privados, la aplicación en determinadas ocasiones de diferentes reglas de prueba o de procedimiento, o la aplicación de doctrinas generales que limitan la validez de ciertos tipos de reglas, son ejemplos de la importancia de la distinción que propone. Además, para este autor, esta distinción permite conocer algunos aspectos de la naturaleza del derecho y de su relación con la moral. Más en concreto, permite conocer los límites o las fronteras de aquél respecto de ésta última. De hecho, Raz considera que poder distinguir lo que pertenece o no al derecho debería ser una conclusión ineludible de toda teoría del derecho.<sup>887</sup>

Raz es consciente de que quienes focalizan su interés por el derecho en las prácticas judiciales tienden a considerar que la diferenciación no tiene sentido. Sin embargo, a su juicio, el derecho no es solamente un conjunto de guías para los tribunales que deciden. Para este autor, el derecho es una institución política de gran importancia para el funcionamiento de las sociedades y para sus miembros. En síntesis, Raz sostiene que la distinción propuesta es vital para nuestra capacidad de identificar

<sup>886</sup> Cfr. Finnis, J., “Natural Law: The Classical Tradition”, Coleman, J. y Shapiro, S. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, cit., nota 141, pp. 11 y 12; Bix, B., “Patrolling the Boundaries: Inclusive Legal Positivism and the Nature of Jurisprudence Debate”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 12, 1999, pp. 31 y 32; y Etcheverry, J., “What has the ILP/ELP debate left?”, comunicación al XXII Congreso Mundial de Filosofía del derecho y Filosofía Social, Granada, 2005. Una defensa de que la teoría de Hart no busca obtener consecuencias prácticas concretas es presentada por Culver. Cfr. Culver, K., “Leaving the Hart-Dworkin Debate”, *University of Toronto Law Journal*, 51, núm. 4, 2001.

<sup>887</sup> Cfr. *IL*, pp. 14 y 15.

el derecho como la institución política que es. Sin embargo, aclara que esta distinción vital no tiene por que ser nítida.<sup>888</sup>

Por su parte, al considerar algunas relaciones entre la teoría del derecho y la teoría de la adjudicación, Waluchow observa que los jueces, sobre todo en el caso del derecho constitucional, prefieren presentarse como aplicadores del derecho, más que como legisladores; incluso da por hecho que la mayoría de los ciudadanos de las democracias occidentales comparten esta preferencia con los jueces. Para este autor, si estas preferencias pueden ser dadas por ciertas, cabe afirmar que la elección entre ILP y ELP puede tener un impacto significativo sobre la aproximación adjudicativa que se adopte en la práctica jurídica: por un lado, adoptar una u otra versión del positivismo jurídico equivale a afirmar que toda referencia jurídica a la moral implica la aplicación de derecho preexistente o la creación de nuevo derecho. A su juicio, esto supone una conexión teórica entre la versión que se adopte del positivismo jurídico y el tipo de práctica adjudicativa que se deriva de esta opción.

Por otro lado, Waluchow sostiene que también es posible observar una conexión causal entre estas teorías. Así, sostiene que si —como propone el ELP— toda consideración moral es necesariamente considerada como extra-jurídica, la inclinación de los jueces a aplicar derecho preexistente, en vez de establecer nuevo derecho, fomenta una aproximación a la interpretación de las Constituciones que no parece requerir la interpretación y la aplicación de la moral; por ejemplo, una aproximación puramente textual o que sólo dependa de la intención de los constituyentes.<sup>889</sup> En cambio, si se adopta una posición incluyente —donde la moral puede ser parte del derecho preexistente— un juez estará dispuesto a considerar a la Constitución como un “árbol viviente” (*living tree*) e interpretarla de forma tal que exprese una moral que se desarrolla y cambia.<sup>890</sup> No obstante lo dicho, Waluchow aclara que el hecho de que la aceptación de una teoría como el ELP pueda afectar restrictivamente la interpretación que los jueces hagan del derecho no es un argumento suficiente a favor o en contra de una teoría descriptiva-explicativa del derecho.<sup>891</sup> Por último, Waluchow afirma que la versión del ELP que sostiene que las consideraciones morales a la que remite el derecho obli-

888 *Ibidem*, p. 15.

889 *Ibidem*, p. 71.

890 *Ibidem*, pp. 67-72.

891 *Ibidem*, p. 72.

gan a los jueces por más que sean extra-jurídicas, hace del ELP una posición prácticamente idéntica al ILP; ya que obliga a los autores excluyentes —que defienden esta versión, a juicio de Waluchow, “modificada” o “alternativa” del ELP— a admitir que la validez de algunas normas es determinada en parte por consideraciones morales cuya comprensión requiere deliberaciones morales. Para él, si estas condiciones son o no extra-jurídicas no es relevante.<sup>892</sup>

#### IV. LA CONTINUACIÓN DEL DEBATE EN TORNO A LA TESIS DE LA CONVENCIONALIDAD

El convencionalismo aplicado al derecho afirma que éste es construido por la actividad humana, en concreto por una práctica social.<sup>893</sup> De hecho, la tesis de la convencionalidad afirma que la práctica social relevante es una convención entre funcionarios. Esta última parece ser la opinión de Hart y de la mayoría —si no todos— de los positivistas.<sup>894</sup>

Como se expuso anteriormente, Coleman elabora su tesis de la convencionalidad con el fin de responder a dos críticas de Dworkin contra el positivismo jurídico hartiano. Por medio de esta tesis, Coleman busca demostrar que: (1) una regla social es capaz de proveer una adecuada teoría de la obligatoriedad o normatividad del derecho; y (2) es capaz de sobrevivir a la naturaleza esencialmente controvertida que poseen los principios morales. En este apartado se tomará en cuenta únicamente el primero de los objetivos perseguidos por Coleman: el segundo será expuesto más adelante.

Junto con la mayoría de los autores positivistas, Coleman pretende demostrar que la autoridad jurídica puede ser explicada en términos de una práctica social convencional.<sup>895</sup> Con esta finalidad, desarrolla y complementa la tesis social de Hart. Como ya se ha expuesto, en sus últi-

<sup>892</sup> *Ibidem*, pp. 163 y 164.

<sup>893</sup> Cfr. Bayón, J. C., en Navarro, P. E. y Redondo, M. C. (eds.), *La relevancia del derecho: Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, cit., nota 224, p. 58.

<sup>894</sup> Cfr. Bayón, J. C., “El contenido mínimo del positivismo jurídico”, en Zapatero, V. (ed.), *Horizontes de la Filosofía del derecho: Homenaje a Luis García San Miguel*, Universidad de Alcalá, 2002, t. II, p. 36. y Cfr. Coleman, J., “Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis”, *Hart's Postscript:..., cit.*, nota 576, p. 116.

<sup>895</sup> Una excepción en este punto sería la posición de Green. Cfr. Green, L., “Positivism and Conventionalism”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 12, 1999, pp. 35-52.

mos trabajos Hart sostiene que las obligaciones que imponen las normas primarias se basan o apoyan en normas subsidiarias —reglas de reconocimiento— que exigen a los jueces responder a la desviación con reclamaciones o medidas coercitivas. A su vez, lo que explica la normatividad de estas normas subsidiarias, es que estos criterios de validez constituyen una convención social entre los funcionarios; una convención que está formada por dos elementos: comportamiento convergente y actitud crítica y reflexiva sobre ese comportamiento. Así, las reglas primarias no necesitan ser aceptadas para ser derecho o para dirigir el comportamiento de los ciudadanos, porque su normatividad depende de la regla de reconocimiento. Esta regla puede dar razones para actuar sólo si es tratada por quienes la aplican —funcionarios— como una razón para actuar. Para Coleman, Hart no explica cómo la regla de reconocimiento, o cómo las reglas sociales en general, proporcionan razones para actuar; simplemente describe este hecho. Para explicar esta cuestión, Coleman sugiere que la idea de convención de coordinación puede ser iluminadora, porque este tipo de convenciones crea razones para actuar al crear un sistema de expectativas recíprocas.<sup>896</sup> Por esto, propone explicar la normatividad del derecho caracterizando a la práctica social como una convención de coordinación. Así, sostiene que desde su visión, “la regla de reconocimiento es una convención coordinadora que crea razones para actuar de la manera en que las convenciones coordinadoras generalmente lo hacen —cuando lo hacen. Esto es, creando un sistema de expectativas recíprocas y legítimas”.<sup>897</sup> Es decir, la convergencia en el comportamiento se justifica básicamente en un interés recíproco sobre la unidad de actuación. El punto de vista interno, a juicio de Coleman es parte de la explicación causal sobre cómo las reglas crean expectativas recíprocas y estables. La aceptación de las normas desde el punto de vista interno puede ser observada en el comportamiento público, ofreciendo a quien acepta de este modo las normas una base para actuar y para criticar su no-cumplimiento. Por esto, permite que las personas desarrollen un grado de confianza en el comportamiento de los otros y que se formen expectativas legitimadas interdependientemente.<sup>898</sup>

<sup>896</sup> Cfr. Coleman, J., “Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis”, en Coleman, J. (ed.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, cit., nota 576, pp. 118 y 119.

<sup>897</sup> *Ibidem*, pp. 119 y 120.

<sup>898</sup> *Ibidem*, p. 120.

A continuación, se estudiarán algunas críticas a la tesis de la convencionalidad de Coleman. En particular, se analizará la crítica presentada por Marmor. Este tipo de críticas, entre otras razones, han llevado a este autor a modificar su planteamiento. Por esto, también, se expondrá su nueva versión de la tesis de la convencionalidad incorporacionista, junto con otras que han ido surgiendo.

### 1. *Críticas a la versión inicial de Coleman de la tesis de la convencionalidad*

Marmor presenta una serie de réplicas contra la idea de que el derecho está constituido por una convención de coordinación. Al respecto observa que desde esta óptica las convenciones no emergen como resultado de un acuerdo, sino como soluciones a problemas de coordinación actuales; es más, surgen como alternativas a los acuerdos precisamente en los casos en que los acuerdos son difíciles o imposibles de obtener.<sup>899</sup> Además, Marmor entiende que esta posición se jacta de poder explicar dos intuiciones importantes sobre las características de las convenciones sociales: por un lado, su carácter de reglas arbitrarias y, por el otro, que las razones para seguir una regla convencional están vinculadas al hecho de que otros lo hacen.

Para Marmor, uno de los problemas a los que debe enfrentarse esta concepción de las convenciones jurídicas es que, si es correcta, las reglas de reconocimiento existentes no parecen realmente convenciones.<sup>900</sup> A su juicio, existen al menos dos razones para sostener esta afirmación. Primero, es muy difícil sostener que las reglas de reconocimiento sean arbitrarias en el sentido que lo afirma la visión de la convención como coordinación: algunas de éstas puede ser que lo sean, pero las reglas de reconocimiento fundamentales de un sistema jurídico, como pueden ser las declaraciones de derechos recogidas en las Constituciones, sin duda no son observadas como arbitrarias por los miembros del sistema jurídico al que pertenecen. De hecho, para Marmor las reglas de reconocimiento fundamentales reflejan elecciones políticas de gran importancia, que difícilmente puedan ser reconciliadas con la concepción de que se trata de soluciones arbitrarias a problemas recurrentes de coordinación. En segundo lugar, las reglas de reconocimiento no parecen ser solucio-

<sup>899</sup> Cfr. Marmor, A., *Positive Law and Objective Values*, cit., nota 604, p. 7.

<sup>900</sup> *Ibidem*, p. 9.



nes recurrentes a problemas de coordinación: quizás algunas reglas de reconocimiento cumplan esta función, pero las reglas de reconocimiento fundamentales no parecen estar vinculadas a la misma. La racionalidad de las reglas de reconocimiento como convenciones de coordinación busca asegurar un cierto tipo de actuar uniforme, porque esa uniformidad es mejor para el interés de las partes que forman parte de la convención, quienes avalan esta racionalidad. Sin embargo, Marmor no cree que ésta sea la racionalidad de todas las reglas de reconocimiento. Para este autor, muchas de las elecciones políticas que las reglas de reconocimiento recogen “son mucho más complejas y múltiples que la estructura básica de un problema de coordinación”.<sup>901</sup> Muchas de las reglas de reconocimiento tienen una razón de ser, una racionalidad política que poco tiene que ver con la estructura de un problema de coordinación.<sup>902</sup>

Como ha sido observado, Marmor no cree que las convenciones de coordinación sean capaces de explicar la convencionalidad de las reglas de reconocimiento. Por esto, propone un tipo diferente de convención para explicar el funcionamiento de las reglas de reconocimiento, que denomina convención constitutiva.<sup>903</sup> A juicio de este autor, las convenciones constitutivas se diferencian de las convenciones de coordinación porque estas últimas se basan en el interés recíproco por solucionar los problemas de coordinación y obtener un comportamiento uniforme. Por esto, la arbitrariedad de estas convenciones se fundamenta en un cierto nivel de indiferencia ante el contenido del comportamiento convergente. En cambio, las convenciones constitutivas no son arbitrarias en este sentido. Estas convenciones están formadas por prácticas autónomas. La autonomía de estas prácticas reside en que el compromiso con ellas no está totalmente determinado por una finalidad o valor externo a la convención que las constituye. Así, se deja que la práctica provea su propia finalidad y al menos algunos de sus estándares de valoración.<sup>904</sup>

Este análisis ha llevado a Iglesias a observar que la arbitrariedad, entendida como relativa indiferencia ante el contenido del derecho —propia de las convenciones de coordinación—, genera dificultades para Coleman, porque este autor presenta las convenciones de coordinación como un medio para defender su incorporacionismo. Iglesias observa

901 *Idem.*

902 *Ibidem*, p. 10.

903 *Ibidem*, p. 12.

904 *Ibidem*, p. 14.

que “parece poco razonable asumir que los criterios que sirven de límite jurídico a un instrumento de coordinación social como es la autoridad institucional se fundamentan también en la idea de coordinación social. Una Constitución sustantiva, por definición, establece el marco de lo que no es disponible para la autoridad institucional y, por tanto, nos indica cuál es nuestra esfera de no-indiferencia ante el contenido de las decisiones públicas. Estas pautas, entonces, no pueden ser equiparadas a disposiciones de coordinación como la de conducir por la derecha o por la izquierda”.<sup>905</sup> Esto la lleva a concluir que “la noción de convención constitutiva se ajusta mejor que la de coordinación a una regla de reconocimiento que incluye criterios evaluativos de validez en la forma de un catálogo de derechos y libertades fundamentales”.<sup>906</sup>

Además, Marmor piensa que la racionalidad de las convenciones de coordinación parece ser contraria a la propuesta incorporacionista. En concreto, Marmor considera que si el sentido de las convenciones de coordinación es asegurar una cierta uniformidad en el obrar para que ésta pueda ser tenida en cuenta al momento de tomar una decisión, las convenciones que prescriben que los agentes relevantes deben obrar de acuerdo a la recta razón no parecen resolver dichos problemas de coordinación.<sup>907</sup>

Observada la insuficiencia de la noción de convención de coordinación para explicar la convencionalidad de las reglas de reconocimiento, Marmor se pregunta por qué convencionalmente no se puede determinar que el derecho sea reconocido por consideraciones políticas o morales. Para responder a esta pregunta, el autor observa que las consideraciones políticas y morales se refieren a nuestro razonamiento práctico sin tener en cuenta las convenciones. Estos criterios que dirigen a los funcionarios a tomar decisiones por referencia a principios morales no crean razones que no existían antes sino que recapitulan razones que los funcionarios ya tenían. Así, las convenciones constitutivas no juegan papel alguno a la hora de determinar que debemos actuar de acuerdo a razones morales, porque las razones prácticas como las morales, están para ser obradas sin tener en cuenta las convenciones. En definitiva, para Marmor las con-

<sup>905</sup> Iglesias Vila, M., “Discreción judicial y positivismo jurídico. Los criterios sustantivos de validez”, *cit.*, nota 856, p. 236.

<sup>906</sup> *Ibidem*, p. 237.

<sup>907</sup> *Cfr.* Marmor, A., *Positive Law and Objective Values*, *cit.*, nota 604, pp. 52 y 53.

venciones no pueden constituir razones para actuar de acuerdo a razones.<sup>908</sup>

Contra este argumento, Marmor observa que los incorporacionistas suelen afirmar que, debido a que la regla de reconocimiento es convencional, su aplicación a un caso particular puede ser controvertida. Por esto, sugieren que la determinación de lo que prescribe la regla de reconocimiento puede ser, al menos en algunos casos, una cuestión de argumentación moral. Sin embargo, para Marmor este argumento yerra al considerar que existe potencialmente una laguna entre las convenciones —por ejemplo, una regla— y su aplicación, que puede ser superada acudiendo a argumentos morales. Marmor considera que esta laguna no existe porque las convenciones se constituyen por la práctica de su aplicación a casos particulares. En síntesis, a su juicio, cuando no está claro como se aplica una norma convencional a un caso particular, no existe una solución convencional para esa cuestión.<sup>909</sup>

## 2. *Defensas de la tesis de la convencionalidad incorporacionista*

En un artículo de 2001, Coleman resume el ataque de Marmor contra las convenciones de coordinación, observando que se les acusa de ser incapaces de explicar cómo la mayoría de las personas en la mayoría de las comunidades creen que sus reglas de reconocimiento son correctas, justas y razonables. Contra esta crítica, responde en primer lugar que, por un lado, las personas pueden desarrollar, y de hecho lo hacen, apego a sus convenciones arbitrarias y, por el otro, la regla existe y sobrevive porque soluciona problemas de coordinación. Es decir, que si las personas desarrollan apego a sus convenciones, esto depende de otros factores. Para Coleman, es ingenuo pensar que la explicación del apego que generan las convenciones debe tener la misma base que la explicación de su existencia y estabilidad. El problema de la objeción de Marmor es que olvida la distinción entre la explicación causal del apego que generan las reglas y la justificación normativa de éstas. En segundo lugar, para Coleman, si esta objeción resulta adecuada contra las convenciones de coordinación, también lo resulta contra las convenciones constitutivas, ya que el mismo Marmor parece reconocer que la explicación del apego que

<sup>908</sup> *Ibidem*, p. 51.

<sup>909</sup> *Ibidem*, pp. 57-60.

generan las reglas de reconocimiento necesita apelar a otros argumentos.<sup>910</sup> En tercer y último lugar, Coleman observa que Marmor invita a abandonar la concepción de las convenciones como coordinación en favor de la noción de convención constitutiva. El problema es que la concepción de convención de coordinación explica cómo a partir de las convenciones se obtienen razones para actuar, mientras que las convenciones constitutivas no explican esta cuestión.<sup>911</sup>

Poco tiempo después, en *The Practice of Principle*, Coleman reconoce que si bien en otras oportunidades sostuvo que la visión de las convenciones de coordinación representaba un genuino avance en la interpretación de la posición de Hart y en la comprensión de las reglas de reconocimiento, ahora piensa que esta visión no otorga una adecuada solución al problema en discusión. Esto es, la necesidad de presentar una visión de la regla de reconocimiento que explique por qué el comportamiento de algunos jueces es o puede ser una razón para que otros jueces actúen del mismo modo.<sup>912</sup> Para Coleman, las convenciones de coordinación ofrecen una solución sólo cuando las preferencias previas de los participantes poseen una estructura específica, o están ordenadas de un modo específico —modo que constituye lo que en la teoría de juegos se denomina un juego de “conflictos parciales”—. El problema es que esta situación se da sólo en un pequeño grupo de nuestras prácticas sociales o convencionales.<sup>913</sup> Además, para Coleman, este tipo de convenciones no parece captar correctamente el tipo de razones que los funcionarios poseen para actuar como actúan otros funcionarios. Si bien es cierto que el hecho de que los jueces apliquen un determinado criterio de validez puede ser una razón para todo juez para hacer lo mismo, este hecho no explica el carácter de la razón que todo juez posee. A juicio de nuestro autor, una explicación completa del carácter de esta razón observará el hecho de que este criterio ha sido adoptado como parte de un plan o proyecto —un sistema jurídico— que puede servir a fines valorativos.<sup>914</sup>

910 Cfr. Coleman, J., “Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis”, en Coleman, J. (ed.), *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, cit., nota 576, p. 117, n. 33.

911 *Ibidem*, p. 119, n. 35.

912 Coleman confiesa que es Shapiro quien lo convence de la necesidad de cambiar de opinión. Cfr. *POP*, p. 94, n. 29.

913 *Ibidem*, p. 94.

914 *Ibidem*, p. 95.

Como ha sido observado, Coleman pretende explicar cómo las reglas de reconocimiento imponen obligaciones a los jueces, así como ofrecer una percepción filosófica sobre la estructura normativa de la práctica judicial.<sup>915</sup> Para lograr este objetivo, cambia su visión de las convenciones de coordinación por la concepción de Bratman sobre las “actividades cooperativas compartidas” (*shared cooperative activity* —SCA—). SCA es algo que se hace de forma conjunta, como salir a dar un paseo juntos, cantar a dos voces, etcétera. Las SCA poseen algunas características propias: (1) Receptividad mutua: los participantes en una SCA intentan ser receptivos a las intenciones y acciones de los otros. Cada uno busca guiar su comportamiento observando cómo se comportan los otros y sabiendo que los otros hacen lo mismo. (2) Compromiso con la actividad conjunta: en una SCA cada participante posee un compromiso —quizás por diferentes razones— con la actividad conjunta, y su mutua receptividad se da para lograr este compromiso. (3) Compromiso de apoyo mutuo: en una SCA cada agente se compromete a apoyar los esfuerzos de los otros para desarrollar su papel en la actividad común. Este compromiso permite que la actividad conjunta sea exitosa incluso cuando alguno necesita ayuda.

Además, para que las SCA sean posibles es necesario que quienes participan conjuntamente en estas actividades compartan una intención o actitud que converja en un objetivo común, por más que las razones para hacerlo sean diferentes. Estas intenciones o actitudes compartidas son importantes porque se ocupan de proveer un marco de fondo que estructura los acuerdos que se dan entre los que participan en la actividad sobre cómo procederá dicha actividad conjunta. Una vez desarrolladas las características de las SCA, Coleman sostiene que éstas se dan en las prácticas de los funcionarios que están comprometidos con un grupo de criterios de validez.<sup>916</sup>

Para Coleman es conceptualmente propio de las prácticas sociales que constituyen las reglas de reconocimiento convencionales poseer una estructura normativa como la de las SCA. Esto es así porque es una verdad conceptual sobre el derecho que los funcionarios deben coordinar su comportamiento de diferentes maneras, que deben ser receptivas de las intenciones y acciones de los otros. Así, lo que un juez hace en un caso

<sup>915</sup> *Ibidem*, p. 98.

<sup>916</sup> *Ibidem*, p. 96.

depende de lo que otros jueces hayan hecho en casos similares. De igual modo, es cierto que los funcionarios están comprometidos en una actividad conjunta y a apoyarse entre ellos. Así, los funcionarios responsables de promulgar el derecho requieren una garantía de apoyo de los funcionarios responsables de ejecutar y aplicar esas normas.<sup>917</sup> En cuanto a la estructura normativa de las prácticas sociales, Coleman sostiene que, como las SCA implican un compromiso conjunto de los participantes en la actividad gobernada por la regla de reconocimiento —más que la mera convergencia de aprobaciones unilaterales—, estos compromisos generan confianza y un grupo justificado de expectativas que pueden dar lugar a obligaciones.<sup>918</sup>

Una vez presentado su nuevo argumento sobre la convencionalidad de las reglas de reconocimiento, Coleman ofrece una nueva respuesta a la crítica de Marmor que sugiere que no se puede afirmar que la regla de reconocimiento es convencional, y que las disputas sobre su contenido pueden ser resueltas con argumentos morales. Coleman cree que su antigua respuesta, que sugería que es posible que existan prácticas convencionales relativas a la regla de reconocimiento que establezcan que las disputas sobre el contenido de dicha regla se resuelven apelando a determinados argumentos morales, era correcta. No obstante, afirma que ahora es capaz de responder de forma más satisfactoria. Para este autor, si la regla de reconocimiento es ella misma un marco para acordar cómo seguir, no hay nada de malo en suponer que ese acuerdo pueda implicar argumentos morales o políticos sobre el sentido de la práctica. “En síntesis, el positivismo nunca necesitó un nuevo tipo de convención —por ejemplo, las convenciones constitutivas—. Sólo necesita mejorar su concepción filosófica de las prácticas convencionales”.<sup>919</sup>

En un trabajo muy reciente, Kramer también se ocupa de defender la tesis de la convencionalidad incluyente de las críticas de Marmor. Para este autor, más allá de lo interesante que pueda resultar la propuesta de Marmor, resulta problemática. Sólo a modo de ejemplo, observa que la afirmación que sugiere que las convenciones constitutivas son propensas

<sup>917</sup> *Ibidem*, p. 98 y Himma, K., “Inclusive Legal Positivism”, en Coleman, J. y Shapiro, S. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, cit., nota 141, p. 132.

<sup>918</sup> *Cfr. POP*, p. 98 y Himma, K., “Inclusive Legal Positivism”, en Coleman, J. y Shapiro, S. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, cit., nota 141, p. 134.

<sup>919</sup> *POP*, p. 100.

al cambio, mientras que las convenciones de coordinación parecen más estables, sólo se sustenta en algunos ejemplos. Para Kramer, el problema es que, así como existen algunos ejemplos que parecen dar la razón a Marmor, existen otros que parecen negársela.<sup>920</sup>

En cuanto al rechazo de Marmor de que una regla de reconocimiento incluyente pueda constituir una convención constitutiva, Kramer considera que esta afirmación implica, por lo menos, una petición de principio y es, por tanto, inconcluyente.<sup>921</sup> Para Kramer, al ILP le basta con rechazar la premisa que sugiere que si hay razones suficientes para orientar a uno al contenido de una norma, éstas deben componerse de las razones intraconvencionales creadas por las convenciones constitutivas. Esto implica que las normas señaladas por el criterio incluyente pueden ser derecho incluso si los funcionarios tienen razones suficientes independientes de las convencionales (*convention-independent*) para recurrir a esas normas. Kramer reconoce que para Marmor esto implicaría abandonar la idea de que el derecho es esencialmente convencional. No obstante, para nuestro autor, aquí se encuentra el *quid* de la cuestión. Por esto, para defender su posición, Kramer presenta dos réplicas.<sup>922</sup>

Por un lado, sostiene que incluso si el derecho es esencialmente convencional en el sentido que Marmor sugiere, no es necesariamente cierto que todo el derecho esté compuesto de normas, por las cuales los funcionarios no tienen otras razones para invocar además de las convencionales. Para Kramer, es posible afirmar que todo sistema jurídico está formado por convenciones constitutivas, y además sostener que estos sistemas pueden contener algunas normas que son vinculantes incluso en ausencia de las convenciones que forman el sistema en el que existen como normas. En otras palabras, Kramer sostiene que la tesis de Marmor según la cual las normas jurídicas deben ser de forma tal que en ausencia de la regla de reconocimiento que las valida no existan razones suficientes para que alguien las aplique a problemas jurídicos, no necesariamente debe aplicarse a todas las normas, aunque sí pueda aplicársela a la mayoría, sin por esto contradecir al ILP.<sup>923</sup> En síntesis, para Kramer, debido a que nada en la teoría de Marmor garantiza que deba ser adoptada la ver-

920 Cfr. Kramer, M., *Where Law and Morality Meet*, cit., nota 866, pp. 77 y 78.

921 *Ibidem*, p. 79.

922 *Idem*.

923 *Idem*.

sión que este autor propone, su teoría no parece impugnar el incorporacionismo.<sup>924</sup>

Por otro lado, Kramer considera que no es necesario reconocer que todo sistema jurídico posible es fruto de convenciones constitutivas. Para este autor, insistir en la convencionalidad del derecho no implica afirmar que las convenciones deben ser invariablemente como Marmor las describe. Un régimen incorporacionista es convencional porque se comprende por el comportamiento convergente de los funcionarios que genera la regla de reconocimiento. Esto significa que el contenido de esta regla está determinado por los patrones de conducta —que incluyen las actitudes que expresan los comportamientos— y no está preorientado por la naturaleza del derecho. Así, aunque los principios validados como derecho por una regla de reconocimiento incorporacionista no sean convencionales —por ser preceptos de la moral crítica— su estatus de derecho es convencional de principio a fin en el sentido delineado. Por último, Kramer observa que una razón importante por la que los funcionarios aceptan un criterio de validez incorporacionista es que otros funcionarios han aceptado este criterio y han decidido con base en él. De esta forma, por más que algunos funcionarios de hecho estén motivados por razones independientes de la convención, el hecho de que los funcionarios participen de forma concertada en una empresa legítima que requiere que su comportamiento sea convergente es una razón suficiente para hacer lo que hacen.<sup>925</sup>

Por todo esto, para Kramer la defensa de Marmor del ELP es, a lo sumo, inconcluyente. Esto se debe a que, por más que su análisis sobre las convenciones constitutivas es estimulante, no logra rebatir ninguna versión del ILP.<sup>926</sup>

Para finalizar, sólo resta exponer una aclaración sobre la tesis de la convención que presenta Coleman. Este autor formula una tesis de la convención que pretende explicar cómo las reglas de reconocimiento imponen obligaciones a los funcionarios. Himma hace hincapié en que este aspecto de la tesis convencional de Coleman lo diferencia de las tesis convencionales de Raz y Marmor. Tanto es así, que Himma denomina a la versión de Coleman, “tesis convencional fuerte”, mientras que a la versión

924 *Idem.*

925 *Ibidem*, p. 80.

926 *Idem.*



de Marmor la denomina “tesis convencional débil”.<sup>927</sup> La debilidad de la versión presentada por Marmor se advierte en que este autor expresamente afirma que las reglas de reconocimiento no son fuente de obligaciones. Para él, que un juez respete o no las reglas de reconocimiento es una cuestión moral que debe ser resuelta con argumentos morales.<sup>928</sup>

Para Coleman, en cambio, es importante explicar cómo las reglas de reconocimiento imponen obligaciones, porque de este modo puede fundamentar su posición sobre la normatividad del derecho. Sobre esta cuestión, Himma observa que si Coleman tiene razón en que las reglas de reconocimiento se estructuran como una SCA y en que éstas imponen obligaciones a los jueces, sólo habrá logrado defender parcialmente a Hart, de su propia crítica contra Austin sobre la normatividad del derecho. Esto se debe a que esta posición sólo explica la obligatoriedad de las reglas de reconocimiento para los funcionarios, pero no explica por qué las normas son obligatorias para los ciudadanos. Así, el sistema jurídico de Hart, “por más que esté suplementado con la noción de las SCA, no es menos coercitivo que el sistema jurídico de Austin”.<sup>929</sup> Si bien Coleman parece ser consciente de que su concepción de la regla de reconocimiento como una SCA no explica cómo el derecho puede obligar a los ciudadanos, esto no le preocupa porque no considera que un análisis completo del concepto de obligación jurídica requiera esto. A su juicio, los positivistas no necesitan explicar cómo las reglas primarias dan origen a obligaciones porque si bien es correcto que las normas primarias pretenden ser obligatorias, esta pretensión a veces es falsa. Esto hace que no sea una verdad conceptual que las normas primarias obligan. Por todo esto, Coleman afirma que un análisis conceptual de la obligación jurídica sólo necesita hacer inteligible la pretensión del derecho de ser obligatorio. Además, considera que la visión de Austin no es capaz de explicar la pretensión del derecho de ser obligatorio, porque una comprensión del derecho como mandato, poder o hábito de obediencia sólo puede expli-

<sup>927</sup> Cfr. Himma, K., “Inclusive Legal Positivism”, en Coleman, J. y Shapiro, S. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, cit., nota 141, pp. 132-134.

<sup>928</sup> Cfr. Marmor, A., *Positive Law and Objective Values*, cit., nota 604, pp. 32 y 33.

<sup>929</sup> Himma, “Inclusive Legal Positivism”, en Coleman, y Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, cit., nota 141, p. 135. Himma cree que la única solución a este problema implica rechazar la afirmación de Hart de que los sistemas jurídicos no pueden ser puramente coercitivos. Aunque aclara que esto no significa que los sistemas jurídicos deban ser esencialmente coercitivos. *Ibidem*, n. 18.

car la capacidad del derecho para imponer la obediencia a él, pero no puede explicar la autoridad del derecho —es decir, su capacidad para imponer deberes y conferir derechos, conceder libertades y privilegios, etcétera—. <sup>930</sup> Contra estas afirmaciones Himma responde que si bien la visión de Coleman de que las normas primarias pueden fallar en su intento de dar origen a obligaciones es conceptualmente verdadera para las obligaciones morales, resulta falsa para las obligaciones jurídicas. Himma afirma —a su juicio, siguiendo a Hart— que una norma primaria *N* es jurídicamente válida si y sólo si da origen a una obligación jurídica que requiera cumplir con lo que establece *N*. Si esto es correcto, Himma cree que Coleman se equivoca al afirmar que una teoría del derecho sólo necesita hacer inteligible la pretensión del derecho de ser obligatorio. <sup>931</sup> Además, para Himma, incluso si Coleman tiene razón en que los positivistas sólo necesitan hacer inteligible dicha pretensión del derecho, esto no parece justificar que su concepción de la regla de reconocimiento como una SCA sea conceptualmente necesaria para lograr este objetivo, porque ello parece ser una exigencia demasiado fuerte para ser plausible. <sup>932</sup> Sin embargo, también resulta problemática una afirmación más débil que la anterior que sugiera que para que un sistema jurídico institucionalizado pueda crear obligaciones de contenido independiente es una condición necesaria que dicho sistema se base en una regla de reconocimiento que tenga la estructura de una SCA. En primer lugar, porque esto no parece ser verdadero sobre la obligación moral de contenido independiente de obedecer el derecho —si es que existe—, ya que hay otras teorías —como la tesis de la justificación normal de Raz— que lo explican sin hacer ninguna referencia a la organización estructural del Estado. De hecho, estas teorías suelen vincular de algún modo la autoridad con los

930 Cfr. Coleman, J., “Conventionality and Normativity” (junio de 2001) en: <http://www.law.berkeley.edu/center/kadish/covnorm.pdf>, pp. 1-4. Esta conferencia ha sido publicada en Villanueva, E. (ed.), *Legal and Political Philosophy*, cit., nota 696, pp. 157-175. Sin embargo, como en esta publicación se han omitido algunas partes, casualmente las que hemos citado, en esta nota nos remitimos a la conferencia y no a la publicación.

931 Cfr. Himma, K., “Substance and Method in Conceptual Jurisprudence and Legal Theory”, *Virginia Law Review*, 88, 2002, pp. 1168 y 1169.

932 De hecho, para Himma, puede ser correcto que un sistema jurídico que sólo satisfaga las condiciones mínimas que exige la visión del derecho de Austin pueda resultar incapaz de imponer deberes de contenido independiente; sin embargo, cree que la afirmación de que un sistema jurídico como este sea capaz de ello es conceptualmente inteligible, por más que pueda resultar equivocada por consideraciones teóricas —no conceptuales—. Cfr. *ibidem*, p. 1170.

sujetos obligados. En segundo lugar porque, como ya se ha explicado, no resulta claro cómo y por qué la actitud interna de los funcionarios se vincula con la cuestión de que las normas primarias válidas obligan a los ciudadanos.<sup>933</sup>

Otra crítica relacionada con esta cuestión es la propuesta por Bix. Este autor observa la incompatibilidad que padecen las teorías que buscan explicar la normatividad del derecho desde perspectivas positivistas. En concreto, Bix critica el intento de Coleman de explicar la normatividad del derecho. Para Bix, las teorías positivistas no buscan hacer esto. En concreto, no intentan explicar la autoridad moral intrínseca del derecho, porque no creen en ella. Si bien se admite que Raz afirma que una de las características determinantes de un sistema jurídico es que pretende ser autoritativo, se observa la diferencia que existe entre un sistema jurídico que necesariamente pretende ser autoritativo y uno que necesariamente lo es. A juicio de Bix, esta diferencia es muy significativa. Por esta diferencia, Raz sigue estando del lado de quienes sostienen que la teoría del derecho debe ser descriptiva y moralmente neutral. Para Bix, esta diferencia muestra lo difícil que puede ser “justificar y defender una aproximación puramente descriptiva al derecho y a la teoría jurídica”.<sup>934</sup>

## V. OTROS DEBATES

Unos años después de la publicación del *Postscript* de Hart y de *Inclusive Legal Positivism* de Waluchow, Mitrophanous elaboró críticas para algunas de las respuestas que estos autores ofrecen a ciertos ataques de Raz.<sup>935</sup> En concreto, Mitrophanous considera que las respuestas ofrecidas por los incluyentes son insuficientes para superar las críticas de Raz y, por lo tanto, sólo el ELP parece admisible como expresión del positivismo jurídico. A continuación se desarrollarán cuatro críticas que giran en torno a la incompatibilidad entre la función que debe cumplir el derecho y el ILP, la falta de poder explicativo del ILP, el rechazo de la categoría de positivismo jurídico al ILP por no presentar una debida conexión institucional para el derecho y la incapacidad del ILP para supe-

<sup>933</sup> Cfr. *ibidem*, pp. 1170-1173.

<sup>934</sup> Bix, B., “Jules Coleman, Legal Positivism and Legal Authority”, *Quinnipiac Law Review*, 16, 1996, p. 254.

<sup>935</sup> Cfr. Mitrophanous, E., “Soft Positivism”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 17, núm. 4, 1997, pp. 627-641.

rar el argumento de la controversia.<sup>936</sup> Para finalizar este epígrafe, se analizarán un grupo de contrarréplicas a estos ataques, fruto de un reciente trabajo de Kramer.

### 1. *La continuación del debate en torno al argumento de la función del derecho*

Este argumento es suscrito tanto por Dworkin como por Raz, y sostiene que el ILP es contradictorio con la función de identificar de forma cierta los estándares jurídicos que tiene el derecho.<sup>937</sup> Esta función del derecho, supuestamente defendida por el positivismo jurídico, deriva de la afirmación de Hart de que las reglas de reconocimiento son un remedio para la incertidumbre que padecen los sistemas jurídicos que sólo poseen reglas primarias. No obstante, Mitrophanous es consciente de que, más adelante, Hart —en su *Postscript*— sostiene que la exclusión de la incertidumbre a cualquier precio no es un objetivo de su visión de la regla de reconocimiento. Además, Waluchow también rechaza que la función de otorgar certeza, la determinabilidad y la predecibilidad sean una condición *sine qua non* de la juridicidad. Sin embargo, tanto Hart como Waluchow reconocen que la completa incertidumbre sería incompatible con al menos una de las funciones de la regla de reconocimiento. La pregunta para Mitrophanous es, entonces, qué nivel de incertidumbre genera la inclusión de un criterio de validez moral. Para Waluchow es una exageración afirmar que los criterios fácticos son mucho menos inciertos que los morales. Si bien Mitrophanous admite que a veces los criterios fácticos generan incertidumbre, afirma que Waluchow minimiza la diferencia importante de certeza que generan los criterios fácticos sobre los morales.<sup>938</sup>

De hecho, para Mitrophanous tanto Waluchow como Hart parecen conscientes de que no todo principio moral puede ser utilizado como cri-

<sup>936</sup> Algunos de estos argumentos parecen estar presentes en la defensa que Escudero hace del positivismo excluyente o, como este autor prefiere denominarlo, positivismo jurídico sin calificativos. *Cfr.* Escudero, R., *Los calificativos del positivismo jurídico*, *cit.*, nota 306, pp. 205-257.

<sup>937</sup> Para ampliar sobre estas críticas véase el punto III del primer capítulo y el punto II.1 del tercer capítulo.

<sup>938</sup> *Cfr.* Mitrophanous, E., “Soft Positivism”, *Oxford Journal of Legal Studies*, *cit.*, nota 935, p. 628.

terio de validez. Sin embargo, considera que no ofrecen ningún proceso de control para evitar la incertidumbre. Más aún, para este autor, “cualquier proceso de este tipo será contraproducente”.<sup>939</sup>

## *2. La continuación del debate en torno al argumento del poder explicativo*

Como se vio, Raz considera que otra de las razones para preferir al ELP frente al ILP es que el ELP refleja y explica mejor nuestra concepción del derecho. Para Raz, el ELP explica y sistematiza nuestras distinciones preteóricas generalmente hechas al referirnos al derecho. Esto incluye la diferencia entre las valoraciones jurídicas y las morales, entre el derecho establecido y derecho no establecido, entre aplicar y crear el derecho, y entre desarrollar el derecho y modificarlo.

Mitrophanous observa que esta afirmación significa que para el ELP los criterios de la regla de reconocimiento existen porque son aceptados como tales por la práctica de los tribunales. Así, que la regla de reconocimiento esté incompleta, simplemente significa que no hay una práctica asentada de aceptar ciertos criterios como jurídicos. De este modo existen criterios que son aceptados —por ejemplo, la promulgación de una norma por el parlamento—, criterios que no son aceptados —que un ciudadano ordinario declare que algo es derecho— y criterios no asentados —la validez de las normas del derecho internacional público—. Cuando está en juego el derecho no establecido o no asentado, los jueces poseen discrecionalidad para aceptar ese criterio o no, y de hecho pueden modificar la regla de reconocimiento y hacerla más completa.<sup>940</sup> Además, para Mitrophanous esta distinción entre derecho establecido y no establecido se relaciona con la distinción entre aplicar y crear derecho. Esto significa que los jueces aplican el derecho cuando éste está establecido o asentado y crean nuevo derecho —discrecionalmente— cuando no lo está. Por último, Mitrophanous observa que cuando hay una controversia sobre si un criterio ha sido aceptado existe nuevamente discrecionalidad sobre si debe ser aceptado.<sup>941</sup>

<sup>939</sup> *Ibidem*, p. 629.

<sup>940</sup> *Ibidem*, p. 630.

<sup>941</sup> *Ibidem*, p. 631.

A juicio de Mitrophanous, esta virtud del ELP pone de manifiesto un problema del ILP: su capacidad para distinguir entre el ejercicio de la discrecionalidad y la aplicación del derecho preexistente. Para Mitrophanous, tanto como para Waluchow y para Hart, es una función importante del derecho que pueda distinguir entre aplicar derecho preexistente y crear nuevo derecho. De hecho, Mitrophanous observa que Waluchow afirma que no todas las cuestiones morales no se encuentran debidamente establecidas, lo que significa que los criterios morales pueden generar derecho establecido y de esta forma ofrecer respuestas jurídicas correctas.<sup>942</sup> Hecha esta afirmación, Mitrophanous considera que el problema para Waluchow es no eliminar por completo la discrecionalidad. Para evitar esto, Waluchow sostiene que el derecho está establecido cuando ofrece una única respuesta correcta a una cuestión jurídica, y no lo está cuando no ofrece este tipo de respuesta.<sup>943</sup>

De todo esto, Mitrophanous concluye que el ILP puede distinguir entre el derecho establecido y el que no lo está, sólo si acepta el objetivismo moral —cuestión que para Hart resulta problemática—. Además, incluso si se acepta el objetivismo moral, el ILP no puede distinguir entre derecho completo e incompleto, “salvo que pueda limitar el criterio moral que puede ser incluido en la regla de reconocimiento”.<sup>944</sup> Esto es parte de la cuestión que se analizará a continuación.

### *3. La continuación del debate en torno a los argumentos de la conexión institucional y la discrecionalidad judicial*

En esta objeción al ILP, Mitrophanous se pregunta cómo puede ser distinguida la moral que forma parte del derecho preexistente, de la que no forma parte de él. Esta pregunta es importante porque, para este autor, sin un límite sobre la moral que está incorporada, el ILP no puede afirmar la distinción fundamental entre derecho y moral.<sup>945</sup>

Para Mitrophanous, Waluchow enfrenta esta pregunta insistiendo en la conexión institucional debida que existe en la moral que está incorpo-

<sup>942</sup> Para ampliar la respuesta de Waluchow a Raz véase, en el tercer capítulo, el punto II.2.

<sup>943</sup> Cfr. Mitrophanous, E., “Soft Positivism”, *Oxford Journal of Legal Studies*, cit., nota 935, pp. 632-636.

<sup>944</sup> *Ibidem*, p. 637.

<sup>945</sup> *Ibidem*, p. 638.

rada al derecho, lo que permite diferenciarla del resto de la moral que no está incorporada al derecho.<sup>946</sup> Mitrophanous considera que el problema de la respuesta de Waluchow es que no aclara cuándo puede hablarse de una “conexión institucional debida”, teniendo en cuenta que las referencias que el derecho hace a la moral son ilimitadas. Esto puede observarse cuando se incorporan términos como “justo”, “equitativo”, “razonable”, “proporcional”, etcétera. Por esto, para Mitrophanous, el ILP debería demostrar cómo el reconocimiento jurídico de la moral es contingente y limitado. Así, “salvo que el *soft positivism* pueda limitar las referencias a la moral que conducen a su incorporación, existe el peligro de que colapse la distinción entre la moral dentro y fuera del derecho”.<sup>947</sup>

#### 4. *La continuación del debate en torno al argumento de la controversia*

Para explicar este argumento, Mitrophanous recuerda que la regla de reconocimiento es una regla social y que, por lo tanto, para que exista es necesario que los jueces la creen con su práctica. Aclarada esta cuestión, Mitrophanous advierte que el ILP admite que las reglas de reconocimiento contengan principios o criterios morales controvertidos, para lue-

<sup>946</sup> Más detalles acerca de la respuesta de Waluchow a los argumentos de la conexión institucional y la discrecionalidad judicial en el tercer capítulo, punto II.2.

<sup>947</sup> Mitrophanous, E., “Soft Positivism”, *Oxford Journal of Legal Studies*, *cit.*, nota 935, p. 639. A esta cuestión parece referirse Sebok al exponer el “problema de la insaciabilidad” al que debe enfrentarse el ILP. Para Sebok, autores como Raz y Schauer consideran que si la moral es incorporada a la regla de reconocimiento se introducen ilegítimamente valores morales adicionales en el razonamiento de los aplicadores del derecho. Frente a esta objeción, Sebok considera que existen dos respuestas. La primera implica admitir que toda regla de reconocimiento que incorpora valores morales compromete al aplicador del derecho con juicios morales que tienen en cuenta toda la moral. A su juicio, esta solución no es recomendable porque es contraria a la idea —ampliamente aceptada entre los positivistas— que sugiere que ningún sistema jurídico moderno ha incorporado completamente toda la moral a la regla de reconocimiento. La segunda respuesta —defendida por Sebok—, sostiene que la razón por la que los funcionarios jurídicos pueden apelar a valores morales —como la “igualdad”— como aspectos de la moral es que existen reglas sociales de interpretación que determinan el papel que el razonamiento moral tiene en la aplicación de estos valores. *Cfr.* Sebok, A., *Legal Positivism in American Jurisprudence*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, pp. 294-307. Sobre la idea que sostiene que las reglas de reconocimiento pueden incluir estándares de interpretación *Cfr.* Greenawalt, K., “The Rule of Recognition and the Constitution”, *Michigan Law Review*, 85, 1987, pp. 621-671.

go observar que la presencia de dichos criterios controvertidos es inconsistente con la idea de la existencia de una práctica convencional. Por esto concluye que, al admitir criterios morales controvertidos en la regla de reconocimiento, el ILP no puede sostener que la regla de reconocimiento incluyente es una regla social.<sup>948</sup>

Mitrophanous tiene en cuenta que para Hart este problema puede ser solucionado simplemente afirmando que los jueces pueden aceptar de forma general el criterio moral, por más que no estén de acuerdo sobre lo que dicho criterio requiere en los casos particulares. Sin embargo, para Mitrophanous, en tal caso no existiría una verdadera aceptación por parte de los jueces de un mismo criterio. En su opinión, el tipo de aceptación que constituye una regla presupone que se ha aceptado un mismo criterio. En definitiva, a su juicio, el ILP tiene que afrontar un dilema, porque “quiere admitir que los criterios morales pueden ser aceptados por la práctica judicial pero no quiere permitir que constituyan una regla normativa, en vez de una social”.<sup>949</sup>

### 5. *La contrarréplica de Kramer*

Antes de analizar y criticar el argumento de Mitrophanous relativo a la incertidumbre que generaría un sistema jurídico como el ILP, Kramer observa que Coleman no ha advertido este tipo de argumento excluyente porque sólo ha prestado atención a los ataques de Raz y Shapiro. Sin embargo, una vez analizadas las críticas de Mitrophanous, Kramer reconoce que estas críticas resultan incuestionablemente vulnerables a algunas de las objeciones que ha sugerido Coleman contra otros autores. Por ejemplo, se podría decir que Mitrophanous no sabe distinguir adecuadamente entre el papel del derecho cuando sobrevienen los desacuerdos entre los ciudadanos y el papel de la regla de reconocimiento cuando los desacuerdos son entre los funcionarios. Por esto, para Kramer, Mitrophanous pasa demasiado rápido de una tesis sobre un tipo de desacuerdo a una tesis sobre el otro tipo de desacuerdo. Un ejemplo relacionado con el anterior observa que Mitrophanous no logra discriminar adecuadamente entre el papel de la regla de reconocimiento al dotar de validez jurídica a

<sup>948</sup> Cfr. Mitrophanous, E., “Soft Positivism”, *Oxford Journal of Legal Studies*, cit., nota 935, pp. 639 y 640.

<sup>949</sup> *Ibidem*, p. 641.



las normas y el papel de la regla de reconocimiento para permitir la identificación de las normas por los ciudadanos. El papel de la regla de reconocimiento en este último caso puede ser muy indirecto, mientras que no puede serlo en el primer caso.<sup>950</sup>

Más allá de esta enumeración de posibles respuestas que podría ofrecer Coleman, Kramer presenta dos nuevos argumentos contra los ataques de Mitrophanous. En primer lugar, sugiere que el argumento de Mitrophanous sobre la incapacidad del ILP para ofrecer un punto que permita distinguir cuál es el límite de incertidumbre que la moral puede generar en el derecho está impulsado por una confusión en la comprensión de los objetivos y las características del análisis filosófico. Para Kramer, una respuesta adecuada no debe rechazar esta afirmación, sino simplemente observar que ésta parece no generar ningún daño. Así, se sostiene que ningún análisis filosófico procedente de un nivel de abstracción puede especificar un estadio particular donde las incertidumbres introducidas por los principios morales controvertidos eliminen a un sistema jurídico su estatus como tal. Para fundamentar esta afirmación llama la atención sobre dos problemas que surgen si se intenta lograr este objetivo: (1) Ni siquiera analizando un sistema jurídico en particular se puede obtener el punto en que la regularidad del sistema deja de funcionar y se convierte abruptamente en irregularidad y caos. Para Kramer este punto es imposible de identificar, del mismo modo que es imposible encontrar el punto que convierte a unos granos de arena en un montón de arena. (2) De esta forma, no sólo es imposible, sino también inadecuado buscar este punto, ya que la teoría filosófica del derecho busca las características esenciales de todos los sistemas jurídicos y no las de uno en particular. En definitiva, para Kramer, la extensión con la que un principio moral puede participar en el derecho de una comunidad sin crear una incertidumbre excesiva dependerá del grado de cohesión que existe entre los funcionarios sobre la comprensión que poseen de las cuestiones morales. Además, este grado de cohesión moral variará dependiendo de las diferentes sociedades. Por todo esto, Kramer responde al argumento de Mitrophanous del siguiente modo: “las normas de un sistema jurídico pueden incluir principios morales hasta que alguna incertidumbre engendrada por la confianza de los funcionarios en esos principios sea tan severa y persistente

950 Cfr. Kramer, M., *Where Law and Morality Meet*, cit., nota 866, pp. 81-83.

como para privar al sistema de la regularidad que es esencial para el derecho”.<sup>951</sup>

En segundo lugar, para Kramer, el ELP no se encuentra en condiciones de acusar al ILP de fomentar excesivos niveles de incertidumbre. A su juicio, la controversia y la incertidumbre privan de regularidad al sistema jurídico cuando afectan al modo en que las normas jurídicas condicionan las conductas de los ciudadanos. Por esto, si la gente no puede saber si sus conductas o las de otros son permitidas o prohibidas, el derecho no puede guiar, ni canalizar las conductas. En concreto, para Kramer, en cuanto a la aplicación del derecho, no existen razones para diferenciar la guía que puede proveer a los ciudadanos un sistema ELP de la que puede proveer un sistema ILP.<sup>952</sup> Así, afirma que cuando un ciudadano busca ajustar su comportamiento a los requerimientos jurídicos no se pregunta cómo razonará un juez “para establecer el contenido del derecho” —cuando sólo aplica el derecho con base en las fuentes del derecho— separadamente de cómo razona “con arreglo al derecho” —cuando debe apelar a otro tipo de razonamientos, como pueden ser los morales—. Para Kramer, los ciudadanos se preguntan cómo los diferentes modos de razonar —de forma conjunta— hacen que los jueces decidan la forma en que el derecho afectará sus conductas. En definitiva, sostiene que si estos modos de exigir conductas son altamente impredecibles, entonces el problema de la incertidumbre en el nivel de la aplicación del derecho es tan severo para los sistemas jurídicos ILP como para los ELP.<sup>953</sup>

Para finalizar su réplica contra Mitrophanous, Kramer expone sus críticas contra un argumento de Raz esbozado por Mitrophanous. En concreto, se trata de la crítica de Raz que sugiere que el ILP no ha provisto un criterio para distinguir los casos en los que la referencia a la moral genera la aplicación de derecho preexistente, de los casos en los que la referencia a la moral implica la discrecionalidad judicial.<sup>954</sup> Kramer ofrece dos respuestas contra este argumento. En primer lugar, que en el caso hipotético de que la observación de Raz sea acertada, nada importante ocurriría. Para fundamentar esta afirmación, Kramer sugiere que a niveles más concretos se pueden encontrar indicadores útiles de esta diferencia.

951 *Ibidem*, p. 84.

952 *Ibidem*, pp. 84 y 85.

953 *Ibidem*, p. 86.

954 Este argumento ha sido analizado y criticado por Waluchow. *Cfr. supra*, capítulo tercero, punto II.2.

Por ejemplo, propone tener en cuenta lo que opinan los mismos funcionarios sobre esta cuestión.<sup>955</sup> Como este autor es consciente de que este argumento puede ser atacado alegando simplemente que los funcionarios pueden equivocarse al caracterizar su comportamiento intenta buscar un segundo criterio más amplio para poder distinguir entre aplicar y crear nuevo derecho. Así, establece que cuando una posición clara basada en fuentes jurídicas es alterada por la confianza explícita o implícita que los funcionarios poseen en algunos principios morales, y cuando ese sistema jurídico no incluye ninguna práctica jurídica de subordinar una posición clara basada en fuentes jurídicas a las demandas de la moral, esto implica la modificación del derecho preexistente. Asimismo, cuando la confianza explícita o implícita que los funcionarios poseen en algunos principios morales establece una posición que no es claramente defendida, ni claramente rechazada por las fuentes formales del derecho, y cuando ese sistema jurídico no incluye ninguna práctica jurídica de establecer de ese modo esa posición jurídica, la introducción de una nueva posición modifica —amplía— el derecho. En cambio, cuando la confianza explícita o implícita que los funcionarios poseen en algunos principios morales implica la articulación del derecho existente, ello ocurre en el contexto de una práctica regular. Esto se da cuando la práctica de los funcionarios incluye la posibilidad de que éstos puedan ajustar el derecho basado en fuentes formales a la luz de los requerimientos de la moral. Para Kramer, este tipo de ajustamiento del derecho implica la aplicación de derecho preexistente. Por todo esto, considera que “una focalización en la regularidad de la práctica incluyente/incorporacionista dentro un sistema jurídico nos permitirá afrontar la objeción de Raz”.<sup>956</sup>

Por último, se reconoce que esta réplica presupone la posibilidad de una práctica bien establecida de resolver cuestiones discutibles en casos difíciles por referencia a la moral. No obstante, aclara que esto no implica que los funcionarios que realizan esta práctica normalmente identificarán los principios morales aplicables correctamente. Por esto, para Kramer, lo que ha de observarse es la regularidad con la que los funcionarios apelan a la moral para resolver los casos difíciles. Si la moral sirve a esta función, haya sido correcta o incorrectamente aplicada, los principios de la moral han sido dotados del estatus de mandatos jurídicos

955 Cfr. Kramer, M., *Where Law and Morality Meet*, cit., nota 866, p. 87.

956 *Ibidem*, p. 89.

para los casos difíciles. Así, cuando en estos casos se invoque correctamente a la moral se estará aplicando el derecho preexistente y, por el contrario, cuando se invoque incorrectamente a la moral se estará modificando el derecho. Para Kramer, las invocaciones incorrectas a la moral modifican el derecho porque implican una selección equivocada de las normas jurídicas, y esto es así porque tienen lugar en una práctica regular que requiere la invocación correcta de principios morales para resolver los casos difíciles.<sup>957</sup>

957 *Ibidem*, pp. 90 y 91.