

CAPÍTULO SEGUNDO  
EL AFIANZAMIENTO DEL *INCLUSIVE LEGAL POSITIVISM*

I. Frente a Raz . . . . .	32
1. Raz y su visión de la autoridad como explicación del derecho . . . . .	32
2. El positivismo jurídico de Raz y sus críticas al <i>inclusive legal positivism</i> . . . . .	37
II. Frente a Dworkin: segundas réplicas a Dworkin . . . . .	45
1. Lyons y su tesis de la separación ampliada . . . . .	47
2. Una versión negativa y positiva del positivismo jurídico es capaz de superar las críticas de Dworkin . . . . .	50
3. Las respuestas de Dworkin. . . . .	52
III. Frente a Schauer . . . . .	60
1. El <i>presumptive positivism</i> de Schauer . . . . .	60
2. Observaciones incluyentes al positivismo de Schauer. . .	72
3. <i>Presumptive positivism, exclusive legal positivism e inclusive legal positivism</i> . . . . .	76

## CAPÍTULO SEGUNDO

### EL AFIANZAMIENTO DEL *INCLUSIVE LEGAL POSITIVISM*

Como se ha observado en el capítulo anterior, para fines de la década del setenta y principios de los ochenta algunos positivistas proponían superar las críticas dworkinianas contra el positivismo jurídico de Hart admitiendo la posibilidad de incorporar valores en el criterio para reconocer el derecho válido. Sin embargo, esta no es la única versión existente del positivismo jurídico hartiano.

Raz presenta en esta misma época su visión de la autoridad como un modo de explicar el derecho. La propuesta de Raz parece reflejar en buena medida el ideario del positivismo jurídico de Hart, pero se enfrenta irremediabilmente con las tesis de los incluyentes.

De esta forma, el ILP queda enfrentado con dos teorías del derecho. Por una lado, el positivismo jurídico de Raz y por el otro, la teoría del derecho de Dworkin. De sus defensas contra ambos frentes el ILP va desarrollando y madurando su propuesta. Por esta razón, el gran desafío para el ILP —al menos el desafío que perciben sus defensores— es demostrar que existe un positivismo posible entre la teoría del derecho dworkiniana y el positivismo excluyente de Raz.

En este capítulo se expondrá resumidamente la propuesta positivista de Raz junto con sus críticas al ILP. Además, se estudiará cómo evoluciona el debate entre los incluyentes y Dworkin, y se analizará la propuesta alternativa de positivismo jurídico presentada por Schauer. Esta versión del positivismo jurídico es denominada *presumptive positivism*. Al igual que el ILP, Schauer pretende ofrecer una versión del positivismo jurídico hartiano que sea capaz de responder a los desafíos de Dworkin. No obstante, el camino que elige este autor es diferente al propuesto por el ILP. Debido a la semejanza de sus objetivos, esta versión alternativa del positivismo jurídico resulta de interés para los principales exponentes del ILP. Por esto, al final de este segundo capítulo serán expues-

tas algunas observaciones realizadas por los defensores del ILP al positivismo presuntivo de Schauer.

## I. FRENTE A RAZ

El positivismo excluyente de Raz, basado en la explicación del derecho a partir de la idea de autoridad es uno de los frentes contra los que el ILP ha tenido que enfrentarse.

Si bien los primeros esfuerzos del ILP se concentraron en rebatir los argumentos de Dworkin contra la versión hartiana del positivismo jurídico —adaptándola para hacerla inmune a estos ataques—, a medida que la versión positivista incluyente se afianza como teoría del derecho debe enfrentarse contra la versión positivista de Raz. El positivismo excluyente de Raz se encuentra en abierta oposición a la propuesta incluyente. Por esta razón, como será esbozado en este capítulo y explicado en el siguiente, buena parte de los argumentos defensivos que surgen durante la consolidación del ILP están dirigidos contra la versión raziana del positivismo jurídico.

### 1. *Raz y su visión de la autoridad como explicación del derecho*

Raz considera que una de las cuestiones centrales para la filosofía jurídica es la explicación de la normatividad del derecho. Por esto, resulta crucial para el derecho su pretensión de autoridad —moral—. Esto es lo que distingue al derecho de la mera fuerza organizada y evita confundirlo con reglas de pandillas de gangsters: “[I]a diferencia está en la pretensión de autoridad moral que acompaña a todas las exigencias jurídicas”.<sup>116</sup> Sobre este punto, Raz sostiene que se encuentra a mitad de camino entre Hart y Dworkin.<sup>117</sup>

A fin de comprender debidamente a Raz resulta ineludible tener en cuenta quiénes influyen en su pensamiento y en qué tradición de pensamiento se encuadra.<sup>118</sup> Sin duda, Hart es quien más influye en la obra de

116 Ruiz Manero, J., “Entrevista realizada a J. Raz”, *Doxa*, 9, 1991, p. 343.

117 *Idem*.

118 El modo de presentar algunas argumentaciones de Raz ha sido tomado de Seoane, J. A. y Rivas, P., *El último eslabón del positivismo jurídico. Dos estudios sobre Joseph Raz*, Granada, Comares, 2005.

Raz. Como es bien sabido, Hart critica el intento de Austin de fundamentar la autoridad del derecho en el hábito de obediencia de los ciudadanos y propone pensar el derecho a partir de la noción de *reglas* que son obedecidas desde el “punto de vista interno”<sup>119</sup> y que son capaces de orientar la conducta humana.<sup>120</sup>

Raz, a diferencia de Hart, considera que las reglas no deben ser analizadas como prácticas. Entre otras cosas, porque este tipo de análisis oculta su carácter normativo. Para Raz, una regla es una razón operativa para la acción y una razón es operativa si la creencia de su existencia implica una actitud práctica.<sup>121</sup> A diferencia, una práctica como tal no parece ser una razón para la acción.<sup>122</sup> Puede ser una razón para la acción, pero no logra explicar el carácter normativo de las reglas. Es decir, no logra justificar las acciones. Para Raz, si debe hacerse lo que establece una regla, que la práctica exista es irrelevante para la carga normativa del enunciado de la regla.<sup>123</sup> Por esto, es necesario cambiar el modo de explicar la normatividad del derecho.

A fin de explicar la importancia del concepto de autoridad para comprender el derecho, Raz recurre a la noción de razón para la acción. Según Raz, las razones explican, guían y valoran las conductas. En concreto, porque se usan para explicar, las razones sirven para valorar y guiar.<sup>124</sup> Con esta finalidad, este autor distingue diferentes tipos de razones. Entre otras distinciones, Raz diferencia las razones de primer orden de las de segundo orden. Una razón de primer orden es una razón para actuar; en cambio, una razón de segundo orden es una razón para actuar o dejar de actuar por otra razón. Un tipo de razón de segundo orden es la razón excluyente. Este tipo de razón impone abstenerse de actuar por alguna razón. La razón excluyente siempre es superior a otra razón de primer orden. Esto significa que, en caso de conflicto entre razones, entre las cuales una es excluyente, el problema no se resuelve por la fuerza de las razones, es decir, no se hace un balance de razones, ni se juzgan los méritos del caso. Por esto, cuando existe una razón excluyente, ésta

119 *Cfr. CD*, p. 111.

120 *Ibidem*, p. 117.

121 *Cfr. Raz, J., Practical Reason and Norms*, Londres, Hutchinson, 1975; traducción de J. Ruiz Manero, *Razón práctica y normas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 37.

122 *Cfr. ibidem*, p. 58.

123 *Cfr. ibidem*, p. 64-66.

124 *Cfr. ibidem*, p. 18.

excluye tanto a una razón que en el balance habría sido superada, como a una razón que habría inclinado el balance de razones.<sup>125</sup>

Raz considera que las reglas son razones excluyentes. Son razones excluyentes o son razones de primer orden para realizar un acto junto con una razón excluyente para no actuar por ciertas razones en conflicto. La regla es una razón excluyente porque si no, “no lograría alcanzar su propósito”.<sup>126</sup> En síntesis, la regla prescribe un acto y exige que sean dejadas de lado otras consideraciones relevantes. Por esto, la fuerza del derecho no depende de su capacidad para facilitar el cumplimiento de los objetivos del sujeto, sino de estar constituido por razones excluyentes.

La autoridad para Raz depende de que por lo menos algunas de las órdenes o instrucciones autoritativas de una persona sean consideradas por otras personas como razones excluyentes.<sup>127</sup> “Un poder normativo es equivalente a tener autoridad cuando se trata de un poder sobre otros”<sup>128</sup> y tener autoridad implica tener un poder para ordenar y dar instrucciones. Así, el poder normativo contiene la posibilidad de crear una nueva razón operativa, que estará configurada con una razón excluyente.<sup>129</sup>

A fin de justificar la autoridad del derecho, Raz elabora tres tesis: la “tesis de la dependencia”, la “tesis de la justificación normal” y la “tesis del reemplazo” (*pre-emption thesis*).<sup>130</sup> La “tesis de la dependencia” afir-

125 Cfr. *ibidem*, pp. 44-47.

126 *Ibidem*, p. 70.

127 Cfr. *ibidem*, p. 71.

128 *Ibidem*, p. 116.

129 Para ampliar los problemas a los que se enfrenta la concepción del derecho como razones excluyentes, pueden verse Clarke, D., “Exclusionary Reasons”, *Mind*, 86, núm. 342, 1977, pp. 252-255; Moore, M., “Authority, Law, and Razian Reasons”, *Southern California Law Review*, 62, 1989, pp. 829-896; Alexander, L., “Law and Exclusionary Reasons”, *Philosophical Topics*, 18, núm. 1, 1990, pp. 5-22; Gans, C., “Mandatory Rule and Exclusionary Reasons”, *Philosophia*, 15, 1985-6, pp. 373-394; Moriwa, Y., “Authority, rationality, and Law: Joseph Raz and the Practice of Law”, *Southern California Law Review*, 62, 1989, pp. 897-912; Perry, S., “Judicial Obligation, Precedent and the Common Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 7, núm. 2, 1987, pp. 215-257; Perry, S., “Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory”, *Southern California Law Review*, 62, 1989, pp. 913-994; Hurd, H., “Challenging Authority”, *The Yale Law Journal*, 100, núm. 6, 1991, pp. 1611-1677 y Seoane, J. A. y Rivas, P., *El último eslabón del positivismo jurídico. Dos estudios sobre Joseph Raz*, *cit.*, nota 118.

130 Si bien “reemplazo” no es una traducción completamente fiel a “*pre-emption*”, se comparte el criterio de Bayón, que sugiere que el sentido en que Raz emplea esta palabra puede equivaler sin demasiada distorsión a la idea de “reemplazo”. Cfr. Bayón, J. C., “Razones y reglas: sobre el concepto de «razón excluyente» de Joseph Raz”, *Doxa*, 10, 1991, p. 46, n. 12.

ma que las directivas autoritativas deben basarse, entre otros factores, en razones que se apliquen a los destinatarios de esas directivas y que afecten a las circunstancias que la directiva cubre. Estas razones son denominadas por Raz “razones dependientes”.<sup>131</sup> Esta tesis no significa que la autoridad deba mandar de acuerdo a los intereses de los súbditos, ni que las directivas deban reflejar estas razones para ser obligatorias. La “tesis de la dependencia” se comprende mejor junto con las restantes tesis que presenta Raz. La “tesis de la justificación normal” sostiene que la manera normal de establecer que una persona tiene autoridad sobre otra implica la demostración de que el gobernado probablemente cumplirá mejor con las razones que se le aplican si acepta las órdenes de la autoridad como obligatorias y autoritativas, e intenta cumplirlas, que si trata de seguir las razones que se le aplican en forma directa.<sup>132</sup> Por último, según la “tesis del reemplazo” “el hecho de que una autoridad exija el cumplimiento de una acción constituye una razón para su cumplimiento que no debe agregarse a todas las demás razones relevantes al momento de evaluar qué hacer, sino que debe reemplazar a algunas de ellas”.<sup>133</sup>

De estas tres tesis, Raz deriva la concepción de la autoridad como servicio. Según esta concepción, la autoridad está para servir al sujeto, aunque no siempre coincida con su interés. Por eso, las reglas y directivas con autoridad son razones para la acción con independencia de su contenido.<sup>134</sup>

La justificación de la autoridad política se basa principalmente en la necesidad de la misma para la cooperación social: “[l]a autoridad puede asegurar la coordinación sólo si los ciudadanos afectados dejan de lado su juicio y no actúan sobre la base del balance de razones, sino sobre la base de las instrucciones de la autoridad. Esto asegura que todos participen en un plan de acción, que la acción estará coordinada”.<sup>135</sup> Esto exige

131 Cfr. Raz, J., *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Clarendon Press, 1994; traducción de Melón, M. L., *La ética en el ámbito público*, Barcelona, Gedisa, 2001, p. 231 (en adelante *EAP*). Si bien se cita la traducción al castellano de esta obra, siempre se trabaja con el texto original a la vista.

132 Cfr. *EAP*, p. 231.

133 *Idem*.

134 Cfr. Raz, J., *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1988 (reimp. 2001), pp. 56-59.

135 Raz, J., *Razón práctica y normas*, *cit.*, nota 121, p. 73.

que las personas consideren a las manifestaciones de la autoridad como razones excluyentes.<sup>136</sup>

A fin de ilustrar su posición sobre la autoridad del derecho, Raz ofrece un ejemplo que luego será retomado por otros autores para revisar su teoría.<sup>137</sup> Raz expone un caso en el que dos personas presentan su controversia ante un árbitro. Éste tiene autoridad para resolver la disputa, porque ambos han decidido respetar su decisión.<sup>138</sup> De este hecho, Raz destaca dos características. En primer lugar, el laudo arbitral constituye una razón para la acción de los litigantes. Esto significa que el laudo no es simplemente una razón que se agrega a otras, por medio de las cuales los litigantes resolverán lo que consideran razonable. Se supone que el laudo arbitral debe basarse en otras razones. De esta manera, Raz observa cómo las razones que aplica el árbitro son razones dependientes, al igual que la decisión arbitral es una razón dependiente para los litigantes. Sobre este punto, se aclara que una razón dependiente no es aquella que efectivamente refleja el balance de razones en las cuales está basada, sino aquella que se supone que debe hacerlo.<sup>139</sup>

En segundo lugar, Raz observa que la decisión arbitral debe reemplazar las razones de las cuales depende. Las partes deciden seguir el juicio del árbitro sobre el balance de razones al comprometerse a obedecer su decisión. Por esto, es el laudo el que dice qué es lo que harán. En síntesis, Raz considera que el laudo se comporta como una razón reemplazante (*pre-emptive reason*) al desplazar a las demás razones para obrar. Aclara Raz que si bien el laudo es una razón reemplazante, esto no significa que sea una razón absoluta. Es decir, que deba ser obedecida pase lo

136 Si bien Finnis parece compartir con Raz la idea de que la autoridad es necesaria para resolver los problemas de coordinación de las sociedades actuales, y de que sus declaraciones tienen consecuencias normativas para la razonabilidad práctica, Finnis deriva estas consecuencias de un principio normativo: que la autoridad es un bien porque se necesita para la realización del bien común. Así, como esta derivación de consecuencias normativas no es incondicionada o inderrotable sino que es sólo presuntiva, cuando se usa la autoridad para proyectos totalmente opuestos a la razón práctica, ésta puede ser incapaz de justificar su pretensión de haber creado una razón excluyente buena y suficiente que afecte las responsabilidades de aquellos cuyo acatamiento busca. *Cfr.* Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980; traducción de Orrego, C., *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000. Véase capítulo IX, especialmente pp. 273-274.

137 Sobre esta cuestión se volverá más adelante en el capítulo tercero, epígrafe II. 2 y capítulo cuarto, epígrafe I.

138 *Cfr.* EAP, p. 229.

139 *Ibidem*, p. 230.

que pase. Para Raz es posible apelar esta decisión y hasta desobedecerla en determinadas circunstancias. Por ejemplo, si el árbitro estuviera alcoholizado al decidir el caso, o si hubiese sido sobornado. Así, lo que quiere decirse con razón reemplazante es que las razones en las que podrían haberse basado las partes para justificar su acción antes del laudo no pueden alegarse después de que éste haya sido emitido.<sup>140</sup>

A partir de este ejemplo, Raz observa que los rasgos de dependencia y reemplazo se encuentran íntimamente vinculados. Debido a que el árbitro debe decidir con base en unas razones, los litigantes no deben basarse en ellas posteriormente. Dado que las partes le entregan al árbitro la tarea de evaluar esas razones, si las partes no rechazan esas razones como posibles bases de su obrar, contradirían el objeto mismo del arbitraje. Por esto, a juicio de Raz, “la única manera correcta de reconocer la autoridad del árbitro es tomarla como una razón para la acción que reemplaza las razones sobre las cuales éste debió basarse para su decisión”.<sup>141</sup>

## 2. *El positivismo jurídico de Raz y sus críticas* *al inclusive legal positivism*

Debido a la gran variedad de teorías del derecho positivistas y a la dificultad que esto genera para identificar la naturaleza del positivismo jurídico, Raz considera que la mejor forma de aproximarse a esta cuestión es por medio de unas tesis o grupo de tesis vinculadas al positivismo jurídico.<sup>142</sup> A su juicio, tres son las áreas controvertidas: la identificación del derecho, su valor moral, y el significado de sus términos claves (*key terms*). Para Raz, estas cuestiones dan lugar a tres tesis: la tesis social, la tesis moral y la tesis semántica.<sup>143</sup>

<sup>140</sup> *Idem.*

<sup>141</sup> *Idem.* Una defensa de la idea que sugiere que las directivas que dicta la autoridad tienen el poder de obligar independientemente de su contenido puede verse en Shapiro, S., “Authority”, en Coleman, J. y Shapiro, S. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 382-439.

<sup>142</sup> Raz reconoce que las ideas que expone sobre la naturaleza del positivismo jurídico se encuentran influenciadas por las conversaciones que sostuvo con Dworkin y Finnis, autores que se no comparten sus conclusiones. *Cfr.* Raz, J., *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979, p. 37 (en adelante *AL*), nota al título.

<sup>143</sup> *Cfr.* *AL*, p. 37.



La tesis social afirma “que lo que es derecho y lo que no es derecho es una cuestión de hechos sociales”.<sup>144</sup> La tesis moral sostiene “que el valor moral del derecho —de una ley particular y de todo un sistema jurídico— o su mérito moral es una cuestión contingente que depende del contenido del derecho y de las circunstancias de la sociedad a la que se le aplica”.<sup>145</sup> La tesis semántica es una tesis negativa y común a la mayoría de los positivistas, según la cual “los términos «derechos» y «deberes» no pueden usarse con el mismo significado en contextos jurídicos y morales”.<sup>146</sup>

De estas tres tesis, para Raz, la fundamental para el positivismo jurídico es la tesis social. La idea central de esta tesis es que el derecho es un artificio del hombre. Raz formula la tesis social en sentido fuerte. Esto significa que, para este autor, todo test “para identificar el contenido del derecho y determinar su existencia depende exclusivamente de hechos de la conducta humana capaces de ser descritos en términos valorativamente neutrales, y ser aplicados sin recurrir a argumentos morales”.<sup>147</sup> En definitiva, Raz sostiene que la tesis social es una tesis sobre las propiedades generales que debe tener todo test aceptable para la existencia y la identificación de un sistema jurídico.<sup>148</sup> La tesis social fuerte —propuesta por Raz— presupone: (1) que toda teoría del derecho completa incluye tests para la identificación del contenido y la determinación de la existencia del derecho; (2) que existe un vocabulario rico de términos valorativamente neutrales; y (3) que no es necesario para sostener esta tesis que se descubran las intenciones, motivaciones o las visiones morales de las personas.<sup>149</sup> A diferencia de esta versión, la tesis social débil sostiene que si bien el derecho es un artificio humano: (a) a veces la identificación de algunas normas depende de argumentos morales; y (b) en todos los sistemas jurídicos la identificación de algunas de las normas depende de argumentos morales.<sup>150</sup> En síntesis, lo que diferencia a la tesis social fuerte de la débil es que la primera insiste en que la existencia y el

144 *Idem.*

145 *Idem.*

146 *Ibidem*, p. 38.

147 *Ibidem*, pp. 39 y 40.

148 *Ibidem*, p. 39.

149 *Ibidem*, p. 40.

150 *Ibidem*, p. 47.

contenido de todo derecho esta completamente determinado por fuentes sociales, afirmación que no compartiría la segunda.<sup>151</sup>

Para Raz, existen varias razones para sustentar la tesis social: (a) la justificación no teórica y más general de la tesis social es que ella refleja bien el uso del término “derecho” en el lenguaje ordinario; (b) esta tesis separa claramente la descripción del derecho de su evaluación, ofreciendo claridad y previniendo confusiones; (c) esta tesis elimina los prejuicios de quien investiga el derecho, ayudándolo a ser imparcial;<sup>152</sup> (d) no obstante las otras razones, el principal motivo para sostener esta tesis es el carácter del derecho como institución social.<sup>153</sup> Raz sostiene que para comprender esta fundamentación es necesario precisar el test de identificación del derecho. Para este autor, los elementos de dicho test son la eficacia, el carácter institucional y las fuentes. La eficacia implica que para que un sistema normativo sea un sistema jurídico es necesario que posea instituciones que ejerzan la adjudicación, que reclame poseer autoridad y que ocupe una posición de supremacía en la sociedad.<sup>154</sup> El carácter institucional implica que, por un lado, el derecho es limitado porque los sistemas jurídicos sólo contienen los estándares que están conectados de algún modo con el funcionamiento de las instituciones adjudicativas relevantes; y, por el otro, que las reglas que cumplen con las condiciones sociales de juridicidad son jurídicas, por más que sean moralmente objetables.<sup>155</sup> Por último, Raz sostiene que las fuentes son aquellos hechos que determinan definitivamente el contenido y la existencia del derecho.<sup>156</sup>

Una vez descrita su concepción del positivismo jurídico, Raz propone algunos argumentos contra la tesis social débil, vinculada al incipiente ILP presentado por Soper y Lyons.<sup>157</sup> Para Raz, la tesis social débil sostiene que el test para identificar el derecho se basa solamente en las condiciones de eficacia e institucionalidad. Por esto, a su juicio, es insuficiente para caracterizar al positivismo jurídico. Si bien Raz reconoce que el ILP propuesto por Soper y Lyons sólo afirma que a veces la identifica-

151 *Ibidem*, p. 46.

152 Raz observa que las razones b y c, más que fundamentar la tesis social, la presuponen. *Cfr. ibidem*, p. 42.

153 *Idem*.

154 *Ibidem*, p. 43.

155 *Ibidem*, pp. 44 y 45.

156 *Ibidem*, p. 46.

157 *Ibidem*, p. 47.

ción de algunas normas depende de argumentos morales, para este autor, esta versión del ILP es incapaz de proveer un criterio adecuado para separar las referencias jurídicas a la moral en las que se aplica derecho preexistente, de las veces que un juez recurriendo a consideraciones morales cambia el derecho discrecionalmente.<sup>158</sup>

Para Raz, existen al menos dos razones para preferir la tesis social fuerte a la débil. Por un lado, la tesis social fuerte parece “reflejar y explicar mejor nuestra concepción del derecho”.<sup>159</sup> Con esta versión de la tesis social se explica mejor la distinción entre la condición jurídica de los jueces cuando aplican la ley y su dimensión moral, que se pone en juego cuando legislan; entre aplicar el derecho mediante herramientas jurídicas y crearlo usando argumentos morales; y entre el derecho establecido (*settled*) —el cual puede ser aplicado— y el derecho no establecido —el cual necesita ser desarrollado por medio de argumentos morales para poder ser aplicado—. <sup>160</sup> Por el otro, a juicio de Raz, existen buenas razones para adherirse a la tesis social fuerte. La tesis social fuerte no es sólo un reflejo de las características superficiales de nuestra cultura, sino que capta e ilumina la función que cumple el derecho. Recuerda al respecto Raz que en toda sociedad la vida social requiere de la coordinación y la cooperación de sus miembros. Por ello, una parte esencial de la función del derecho consiste en marcar cuándo una visión sobre una cuestión deja de ser privada y pasa a ser obligatoria para sus miembros sin importar sus desacuerdos. Raz sostiene que la única manera de cumplir con esta función es proveer modos de guiar la conducta y regular aspectos de la vida social, en forma pública y certera. Así, el derecho es una medida pública por la que se puede medir el comportamiento propio y el ajeno, ayudando a asegurar la cooperación social no sólo con sanciones, sino proveyendo criterios de comportamiento público accesibles.<sup>161</sup> En definitiva, Raz afirma que la tesis social fuerte permite identificar una función básica del derecho, “la de proveer estándares públicamente comprobables que vinculan a los miembros de la sociedad de forma tal que no pueden excusar su desobediencia a estos estándares desafiando su justificación”.<sup>162</sup>

158 *Ibidem*, p. 47, n. 8.

159 *Ibidem*, p. 48.

160 *Ibidem*, pp. 48-50.

161 Para Raz, este punto es enfatizado por Hart. *Cfr. ibidem*, p. 51.

162 *Ibidem*, p. 52.

Para Raz, la existencia de una autoridad que dicta leyes implica que el contenido de las mismas pueda ser identificado sin apelar a consideraciones morales. Por supuesto, ello no implica negar que los tribunales usen argumentos morales; sólo supone afirmar que el uso de este tipo de argumentos está restringido a la creación del derecho. En definitiva, debido a que es una parte esencial de la autoridad su capacidad para emitir reglas que sean obligatorias al margen de cualquier justificación, las reglas emitidas por una autoridad deben ser identificables sin necesidad de apelar a argumentos justificatorios.<sup>163</sup> La defensa de la tesis social fuerte y la crítica a una posible versión débil de dicha tesis implica el inicio de una contienda entre la propuesta incluyente y el positivismo de los hechos duros de Raz o positivismo jurídico excluyente —de ahora en adelante ELP—.

Para Raz, la “tesis de la incorporación”<sup>164</sup> admite como parte del derecho no sólo lo que surge de las fuentes, sino también lo que se deriva de estas. Esto, a juicio de Raz, hace que la “tesis de la incorporación” sea incompatible con la naturaleza autoritativa del derecho:<sup>165</sup> “[e]l papel mediador de la autoridad implica que el contenido de una orden dotada de autoridad debe estar restringido a lo que ha sostenido, o aparentado sostener, la autoridad de quien emana la fuerza obligatoria de la orden”,<sup>166</sup> y no a lo que se deriva de ésta.

Si se admite la concepción de la autoridad como servicio, analizada en el apartado anterior, se puede observar que el sujeto que se encuentra bajo la autoridad puede beneficiarse de las decisiones de ésta sólo si puede establecer la existencia y el contenido de las mismas, de manera que éstas no dependan de volver sobre las mismas cuestiones que el derecho viene a establecer. Si uno debe deliberar sobre las cuestiones que establece el derecho la directiva pierde su sentido y su autoridad. Por esto, para Raz una regla de reconocimiento incluyente parece inconsistente con la autoridad del derecho.<sup>167</sup>

163 *Ibidem*, pp. 51 y 52.

164 *Cfr.* EAP, pp. 244-249.

165 Con un argumento muy parecido, Raz critica la “tesis de la coherencia” sostenida por Dworkin. Para Raz, esta tesis no puede explicar la pretensión de autoridad del derecho y su carácter mediador, lo que significa que no sirve para explicar el derecho. *Cfr.* EAP, pp. 221 y 222.

166 *Ibidem*, p. 247.

167 *Cfr.* Raz, J., *The Morality of Freedom*, *cit.*, nota 134, p. 59.

Raz reconoce que cuando los magistrados infieren qué es lo que exige el debido proceso en la Constitución de Estados Unidos, están interpretando la Constitución. No obstante, opina que es equivocado afirmar que estos magistrados están aplicando el derecho tal como es. Para Raz, en este caso los magistrados ejercen una interpretación creativa de la Constitución.<sup>168</sup>

En una entrevista publicada en 1991, Raz sostiene que hay razones para ir más allá de la posición del ILP. Para fundamentar esta afirmación, recurre a tres niveles de argumentación. En primer lugar sostiene que la cultura jurídica del *Common Law* reconoce que el juez no sólo aplica el derecho, sino que también posee discrecionalidad que le permite desarrollarlo. Esta consideración da algún apoyo a la tesis de las fuentes, pero no es suficiente para fundamentarla.<sup>169</sup>

En segundo lugar, se presenta un argumento más preciso, aunque de alcance limitado, que se ejemplifica con el caso de una ley tributaria que determina el porcentaje de tributación sobre la renta. Frente a ésta, Raz se cuestiona retóricamente sobre su necesidad y se pregunta por qué no requerir simplemente que cada uno aporte lo que moralmente deba aportar. Concluye que la necesidad de la ley es el resultado de una pluralidad de factores, que pueden ser observados a través del ejemplo propuesto. Entre otros factores enumera los siguientes: (1) la determinación de la proporción de aportación justa de la tributación sobre la renta depende del nivel de necesidad pública de servicios comunes, de la riqueza relativa de la población en su conjunto, de otras fuentes de financiación de los servicios públicos, etcétera, que están más allá de la capacidad de la gente corriente para poder formarse un juicio sobre ellas. La mejor manera de determinar la proporción justa de aportación es emplear a profesionales que investiguen el asunto y determinen la proporción justa en nombre de todos. (2) Si los profesionales son democráticamente responsables, pueden estar menos sesgados que los individuos. (3) El porcentaje de aportación de cada uno depende de la recaudación efectiva de los demás.

Por todo esto, la identificación del contenido de la ley debe encontrarse libre de consideraciones morales. “La determinación del contenido de la ley debe ser, por consiguiente, un asunto de hecho, esto es, lo que de-

168 Cfr. *EAP*, pp. 248 y 249.

169 Cfr. Ruiz Manero, J., “Entrevista realizada a J. Raz”, *cit.*, nota 116, p. 340.

ció el parlamento”.<sup>170</sup> Cualquier otra forma de determinar el derecho frustra el propósito de confiar en el parlamento. Para Raz, la conclusión es que el contenido de las leyes y otras normas jurídicas dictadas por una autoridad ha de determinarse de formas que no invoquen argumentos morales; y que los tribunales no son meramente instituciones de aplicación del derecho. Por lo tanto, “son también autoridades para decidir aspectos morales de problemas no decididos por la legislación”.<sup>171</sup>

Raz cree necesario situarse en un tercer nivel de argumentación para ayudar a fundamentar su segunda conclusión, y para esto apela a la tesis de que el derecho pretende autoridad moral. Para Raz, “si el derecho se adecua a la tesis de las fuentes, entonces decir que hay una obligación de obedecer el derecho es lo mismo que decir que el órgano productor de derecho tiene autoridad —moralmente legítima— para producir derecho. De esta forma, la tesis equivale a decir que el derecho pretende autoridad... Esta tesis es acerca de lo que el derecho pretende, esto es, acerca de lo que los tribunales, entre otras instituciones, dicen sobre el derecho. Es ésta una tesis acerca de lo que los jueces dicen cuando actúan como tales”.<sup>172</sup>

En *Moral Aspects of Legal Theory*<sup>173</sup> Lyons efectúa una crítica al positivismo de Raz, partiendo de la tesis de la separación. Lyons pretende demostrar que la separación entre el derecho y la moral no puede ser derivada de la concepción social del derecho y que la tesis social fuerte resulta poco plausible. En primer lugar, Lyons afirma que la concepción social del derecho guarda silencio sobre las relaciones entre los hechos y la valoración moral. Así, esta concepción del derecho “no tiene implicaciones concernientes a la separación entre el derecho y la moral”.<sup>174</sup> Por lo tanto, sin la ayuda de una teoría moral no es posible sacar conclusiones al respecto. La tesis social fuerte propuesta por Raz, según la cual el contenido y la existencia del derecho deben depender exclusivamente de hechos de la conducta humana que puedan ser descritos en términos

170 *Ibidem*, p. 342.

171 *Idem*.

172 *Ibidem*, p. 343.

173 Lyons, D., “Moral Aspects of Legal Theory”, *Midwest Studies in Philosophy*, 7, 1982. Traducción de Alvarez, S., “Aspectos morales de la teoría del derecho”, Barcelona, Gedisa, 1993, pp. 96-141. También publicadas las secciones 3-6 en Cohen, M. (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, *cit.*, nota 9.

174 Lyons, D., “Aspectos morales de la teoría del derecho”, *cit.*, nota 173, p. 112.

axiológicamente neutrales y aplicarse sin recurrir a argumentos morales, tampoco puede fundamentar la separación entre el derecho y la moral.

A fin de analizar la tesis social fuerte, Lyons la divide en dos partes. La primera parte de esta tesis sostiene que el derecho está determinado por hechos sociales, y la segunda afirma que no está determinado por consideraciones morales. A juicio de Lyons, la primera parte de esta tesis implica una concepción social del derecho. La segunda, en cambio, es un agregado de Raz a esta concepción del derecho que resulta independiente de la primera. Según Lyons, la primera parte de esta tesis es compatible tanto con distintas versiones de naturalismos éticos —básicamente sostienen que los juicios morales pueden derivarse de proposiciones fácticas— como con un escepticismo ético radical.<sup>175</sup>

Quienes sostienen que la separación entre el derecho y la moral se deriva de la concepción social del derecho, probablemente infieran equivocadamente esta conclusión del hecho de que el derecho es un producto de las acciones y decisiones humanas y del presupuesto de que la conducta humana es moralmente falible. A juicio de Lyons, esta conclusión es precipitada, debido a que no todo lo que está moldeado por el hombre es moralmente falible. Al respecto, propone la siguiente comparación: las máquinas son creadas por el hombre y sin embargo no parecen estar sometidas a juicios morales.<sup>176</sup> Por todo lo expuesto, concluye que “la simple idea de que la ley es social no proporciona bases suficientes para inferir que sea moralmente falible”.<sup>177</sup>

La segunda parte de la tesis social fuerte, según la cual el derecho no está determinado por argumentos morales, no sugiere que la legislación no esté motivada por razones morales, ni que los jueces no utilicen razonamientos morales o que el derecho no incorpore el lenguaje moral; más bien, sostiene que lo que el juez puede conocer del derecho se reduce a hechos, y que cuando el juez apela a argumentaciones morales está creando nuevo derecho y no aplicando el existente. Así, según la tesis social fuerte la clase de hechos que determinan el derecho no puede incluir los hechos que determinan la moral. Esto, a juicio de Lyons, está muy cerca de implicar que el derecho es moralmente falible. “La idea in-

<sup>175</sup> Cfr. *Idem*.

<sup>176</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 113.

<sup>177</sup> *Ibidem*, p. 114. Si bien se discrepa con la traducción ofrecida por Alvarez cuando traduce *law* como *ley* en vez de como *derecho*, cuando se cita textualmente este trabajo de Lyons se respeta la traducción a la que se ha hecho referencia.

tuitiva que está en juego es que el valor que tenga el derecho no depende de su propia naturaleza sino de su contenido contingente”.<sup>178</sup>

Sin embargo, para Lyons, la tesis social fuerte presentada por Raz no sirve como fundamento para sostener que el derecho es moralmente falible. A su juicio, de esta tesis a lo sumo puede inferirse que si el derecho está sujeto a valoración moral, su moralidad es una cuestión abierta.<sup>179</sup>

Además, Lyons considera que la tesis social fuerte resulta problemática. Para este autor, esto puede observarse con claridad con un ejemplo. Lyons advierte que para Raz el juez al que le toca interpretar por primera vez la cláusula constitucional del debido proceso debe ir más allá del derecho vigente y crear uno nuevo porque se ve obligado a realizar un razonamiento moral sustantivo. De hecho, Raz debe defender esta conclusión incluso cuando existe una respuesta correcta a la cuestión moral que determina la respuesta correcta de la cuestión jurídica, y el tribunal identifica correctamente a ambas. Esto, a juicio de Lyons, es absurdo, ya que, si existe una respuesta correcta a la cuestión moral que el lenguaje plantea no parece haber razones para negar que esa respuesta proporciona la correcta interpretación del derecho. Por todo esto, no se puede considerar que los jueces que interpretan la cláusula del debido proceso estén legislando, salvo cuando lleguen a una conclusión errónea.<sup>180</sup>

Raz le reconoce a Lyons que cuando los magistrados infieren qué es lo que exige el debido proceso en la Constitución de los Estados Unidos, ellos mismos están interpretando la Constitución. “Lyons se equivoca, sin embargo, al pensar que de esto se desprende que están meramente aplicando el derecho tal como es —al menos si logran llegar a la respuesta correcta—”. Para Raz, en estos casos los magistrados ejercen una interpretación creativa de la Constitución, como ya se ha señalado.<sup>181</sup>

## II. FRENTE A DWORKIN: SEGUNDAS RÉPLICAS A DWORKIN

A fines de los setenta y a lo largo de la década de los ochenta surgen nuevos trabajos que buscaban profundizar en la opción incluyente. Estos esfuerzos hicieron progresar significativamente la versión incluyente del positivismo jurídico hartiano afianzándola y preparando su consolidación.

<sup>178</sup> *Idem.*

<sup>179</sup> *Cfr. idem.*

<sup>180</sup> *Cfr. ibidem*, pp. 115-117.

<sup>181</sup> *EAP*, p. 248.



Los primeros trabajos todavía concentraban sus esfuerzos solamente en rebatir las críticas y réplicas de Dworkin a esta opción del positivismo jurídico. En concreto, en 1983 se publicó una obra colectiva sobre Dworkin.<sup>182</sup> Esta obra recoge algunos artículos que continúan desarrollando una versión del positivismo jurídico que permita la incorporación de valores en la regla de reconocimiento hartiana.<sup>183</sup> Estos trabajos configuran la continuación de las primeras propuestas incluyentes<sup>184</sup> —anteriormente analizadas— ofreciendo una respuesta contra los argumentos de Dworkin y esbozando las primeras réplicas a las críticas de Raz. Al final de este libro, Dworkin presenta su réplica a todas las críticas.<sup>185</sup>

A continuación, se estudiarán dos de los tres trabajos que defienden el ILP en esta obra colectiva sobre Dworkin. Se omitirá el análisis del trabajo de Soper,<sup>186</sup> debido a que el mismo había sido publicado con mucha antelación —siete años— a su incorporación en esta obra colectiva y, por lo tanto, ya ha sido expuesto. Por último, se estudiará la réplica de Dworkin.

182 Cohen, M. (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, cit., nota 9.

183 En concreto, la primera parte de esta obra está compuesta por tres artículos relacionados con el tema de este trabajo: Soper, “Legal Theory and the Obligation of a Judge. The Hart/Dworkin Dispute”; Lyons, “Moral Aspects of Legal Theory” y Coleman, “Negative and Positive Positivism”.

184 Podría sumarse a los primeros trabajos que defienden el ILP de las réplicas de Dworkin el artículo de Ten, C. L., “The Soundest Theory of Law”, *Mind*, 88, 1979, pp. 522-537. Sin embargo, esta defensa del incipiente ILP no generó nuevas réplicas por parte de Dworkin, ni aporta argumentos novedosos. En este artículo Ten contempla la crítica dworkiniana al positivismo jurídico y considera que la misma se focaliza en rechazar la tesis de la discrecionalidad judicial. Sin embargo, a su juicio, la tesis central del positivismo jurídico es la tesis de la separación. Esta tesis afirma que el derecho y la moral son conceptualmente distintos, por más que puedan estar conectados de muchas maneras. Así, del hecho de que derecho y moral no están necesariamente conectados, no se sigue que en un sistema jurídico particular el criterio de validez jurídica no pueda ser un criterio moral. Además, Ten defiende la regla de reconocimiento de los ataques de Dworkin. Según Ten, la regla de reconocimiento existe gracias a un acuerdo general entre los jueces por el cual los estándares jurídicos deben ser extraídos de esas fuentes. Así, el acuerdo se refiere al procedimiento a seguir para identificar los estándares jurídicos y no necesariamente sobre el hecho de si ciertos estándares están implícitos en ciertas fuentes jurídicas.

185 Dworkin, R., “A Reply”, en Cohen, M. (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, cit., nota 9.

186 Soper, E. P., “Legal Theory and the Obligation of a Judge. The Hart/Dworkin Dispute”, cit., nota 9.

### 1. Lyons y su tesis de la separación ampliada

En la misma línea de su propuesta contra los argumentos de Dworkin, presentada en su revisión crítica a *Taking Rights Seriously*, Lyons analiza en *Moral Aspects of Legal Theory*<sup>187</sup> una de las características centrales del positivismo jurídico: la “tesis de la separación entre derecho y moral”. Con este trabajo, intenta precisar las distintas posibles acepciones de la “tesis de la separación” y cuál es, a su juicio, la más adecuada al positivismo jurídico.

Para esto, distingue entre: (1) “la tesis de la separación mínima”, según la cual, el derecho es moralmente falible; (2) “la tesis del contenido moral explícito”, que sostiene que “la ley no posee contenidos o condiciones morales excepto por lo establecido explícitamente por la ley”,<sup>188</sup> y (3) “la tesis ampliada” de la separación, según la cual “la existencia y el contenido de la ley están determinados por los hechos que hacen que la ley esté sujeta a valoración moral, pero no garantizan ningún valor moral; los hechos determinantes de la ley más elementales y generales no implican ni aseguran hechos que determinen la moral”.<sup>189</sup>

Para Lyons, la tesis de la separación mínima implica la idea de que el derecho está sujeto a valoración, reflexión que no es propiedad exclusiva del positivismo jurídico y que por lo tanto no lo caracteriza. Según Lyons, Hart junto con otros positivistas<sup>190</sup> parecen afirmar la tesis del contenido moral explícito. A su juicio, la defensa de Hart de esta posición es el corolario de una tesis del contenido explícito más amplia. Hart defiende la tesis del contenido explícito en su análisis de la discrecionalidad judicial<sup>191</sup> que opera cuando, por la textura abierta del lenguaje, el significado de una ley se vuelve indefinido, lo que genera una laguna y, por lo tanto, los jueces deben elegir un resultado discrecionalmente.

187 Lyons, D., “Aspectos morales de la teoría del derecho”, *cit.*, nota 173.

188 *Ibidem*, p. 117.

189 *Ibidem*, p. 137.

190 En este artículo también se hace una expresa referencia a Raz cuando se describe a los positivistas que afirman la tesis del contenido *moral* explícito. *Cfr. ibidem*, pp. 110-116. Sin embargo, Raz considera que Lyons se equivoca en este punto. Raz afirma que “Lyons atribuye erróneamente a Hart y a mí un compromiso con lo que denomina la tesis del contenido moral explícito”. *EAP*, p. 253, n. 267. Corrigiendo a Lyons, Raz sostiene que la tesis de las fuentes no debe ser relacionada con la idea de que todo el derecho es explícito. *Cfr. EAP*, p. 253.

191 Lyons, D., “Aspectos morales de la teoría del derecho”, *cit.*, nota 173, p. 119.

Lyons también resalta la importancia que Hart otorga al lenguaje explícito del derecho en el modo diferente en que trata las decisiones legislativas y judiciales, o cuando se refiere al tratamiento del lenguaje moral en el derecho.<sup>192</sup> En definitiva, para Hart el derecho sólo resulta determinado cuando es incuestionable, es decir, no controvertido. Para Lyons, Hart ofrece un argumento lingüístico para esta tesis, pero puede ser que las consideraciones no lingüísticas “proporcionen la motivación más profunda”.<sup>193</sup>

Dworkin afirma que el positivismo jurídico se vincula con un reduccionismo empirista que considera a los hechos morales como metafísicamente sospechosos y con una teoría política sobre la función del derecho. Lyons intenta demostrar que esto no es necesariamente verdadero. Con esta finalidad, observa que muchos positivistas han considerado que la moral es determinable de forma objetiva y empírica. Positivistas como Bentham y Austin carecen de razones para suponer que los hechos morales son metafísicamente sospechosos. Sin embargo, Lyons reconoce que esta observación de Dworkin puede sugerir que el positivismo jurídico asociado al empirismo reduce el derecho a fenómenos observables. Lyons admite que esta aclaración puede ayudar a explicar las opiniones de Bentham. No obstante, a su juicio, no está claro que este tipo de reduccionismo se aplique a todos los positivistas, incluyendo a Hart.<sup>194</sup>

Con respecto a la vinculación del positivismo jurídico con una teoría política sobre la función del derecho, Lyons sostiene que existen pruebas de que sólo a uno o dos positivistas se les puede aplicar esta acusación. Sólo Bentham y Raz<sup>195</sup> parecen apoyar un argumento similar al que Dworkin

192 *Ibidem*, pp. 120-122.

193 *Ibidem*, p. 123.

194 *Cfr. Ibidem*, p. 126.

195 Lyons cree que los argumentos que Raz presenta para preferir su tesis social fuerte —que a juicio de Lyons incluye la tesis del contenido moral explícito— a la versión débil de esta tesis, se asemejan a los argumentos que Dworkin atribuye a los positivistas en general. De estos argumentos —que han sido descritos en el apartado I, 2 de este capítulo— Lyons desprende que para Raz es riesgoso para el orden social concebir el derecho como lo hace Dworkin. A modo de síntesis Lyons resume el argumento de Raz del siguiente modo: “el orden social está expuesto a quebrarse si se considera que los argumentos morales independientes utilizados en las sentencias ayudan a interpretar la ley, porque eso alentaría a los miembros de la sociedad a infringir la ley con la esperanza de evitar consecuencias jurídicas ‘objetando la justificación de la pauta’”. *Cfr. Ibidem*, p. 128. Contra esta afirmación, Raz responde “que nada siquiera remotamente parecido a esta idea ha pasado jamás por mi mente, ni por mis páginas”. *EAP*, p. 254, n. 270.

atribuye a los positivistas, pero no es evidente que otros positivistas hayan acogido una sugerencia semejante. Al respecto, afirma que es dudoso que Hart apoye ese argumento; aún más, le parece que Hart no puede aceptar ese argumento si pretende ser coherente con el resto de su teoría. Esta afirmación se fundamenta en el concepto de derecho descriptivo y no normativo que Hart propone.<sup>196</sup>

A partir de lo hasta aquí expuesto, Lyons elabora unas diferencias entre las distintas tesis de la separación. A saber, que la tesis de la separación mínima puede suponer que el derecho tiene una autoridad legítima que exige respeto, es decir, no implica que no exista una obligación automática de obedecer el derecho.<sup>197</sup> Hart, por ejemplo, parece aceptar la idea de que existe semejante obligación.<sup>198</sup> En cambio, la tesis ampliada de la separación parece ser “el tipo de doctrina que la mayoría de los simpatizantes del positivismo jurídico han querido apoyar”.<sup>199</sup> Y ello debido a que refleja una actitud independiente y crítica hacia el derecho, el cual no merece respeto automáticamente, sino que se lo debe ganar.<sup>200</sup>

Una diferencia entre la tesis de la separación ampliada y la tesis del contenido moral explícito es que la tesis ampliada intenta establecer que puede existir un sistema jurídico que carezca implícita o explícitamente de condiciones morales sobre lo que se debe considerar como derecho, mientras que la tesis del contenido moral explícito en general guarda silencio sobre las relaciones entre el derecho y la moral y sólo afirma que las condiciones sobre lo que debe considerarse derecho deben ser explícitas. Además, a diferencia de la tesis de la separación ampliada, la tesis del contenido moral explícito excluye innecesariamente las condiciones morales sobre lo que se considera como derecho sólo porque no son explícitas.<sup>201</sup>

Lyons reconoce que es probable que muchos de los que defienden la tesis del contenido moral explícito sólo hayan querido apoyar la tesis ampliada de la separación. No obstante, a su juicio, es aún más probable que muchos positivistas hayan apoyado conscientemente la tesis del contenido moral explícito por su convicción de que el derecho es claro e in-

196 *Cfr.* Lyons, D., “Aspectos morales de la teoría del derecho”, *cit.*, nota 173, pp. 126 y 127.

197 *Cfr. ibidem*, p. 134.

198 *Cfr. ibidem*, p. 135.

199 *Ibidem*, p. 137.

200 *Cfr. idem*.

201 *Cfr. ibidem*, p. 138.

controvertido, en la medida que está determinado; junto con la idea que sugiere que el derecho posee una especie de autoridad legítima, y que por eso automáticamente merece cierto grado de respeto. Por esto, resaltan la idea de que siempre existe una obligación de obedecer el contenido explícito del derecho<sup>202</sup>. No obstante, para Lyons, este positivismo jurídico “es una tradición que traiciona los intereses morales de muchos que simpatizaban con él”.<sup>203</sup>

## 2. *Una versión negativa y positiva del positivismo jurídico es capaz de superar las críticas de Dworkin*

Coleman sostiene que los positivistas pueden responder a los ataques de Dworkin aceptando que los principios figuran en las decisiones judiciales, aunque sin afirmar que las conclusiones que Dworkin deriva de esto sean correctas. A fin de desarrollar esta posibilidad, argumenta que los principios pueden ser vinculantes para los jueces y que la noción hartiana de la regla de reconocimiento no tiene por qué ser tan estrecha como la que propone Dworkin.<sup>204</sup> De esta forma, se demostraría nuevamente que la concepción del positivismo jurídico descrita por Dworkin es diferente de la que poseen los incluyentes.

En “Negative and Positive Positivism”,<sup>205</sup> Coleman analiza la crítica de Dworkin a la regla de reconocimiento hartiana. Según su parecer, Dworkin hace tres observaciones correctas sobre la naturaleza polémica de algunos estándares jurídicos. La primera de ellas afirma que un sistema jurídico puede reconocer ciertos estándares esencialmente controvertidos como parte del derecho —de hecho esto parece ocurrir en los sistemas jurídicos de Estados Unidos e Inglaterra—, en el sentido de que puede haber desacuerdos entre los jueces sobre éstos. La segunda sostiene que estos estándares jurídicos esencialmente controvertidos son principios morales que deben su estatus jurídico a su “veracidad”; y la “verdad” no puede ser demostrada por un test. La tercera observación alega que la disponibilidad de esos principios colma la laguna dejada por el de-

202 *Cfr. idem.*

203 *Ibidem*, p. 139.

204 Coleman, J., “Review: *Taking Rights Seriously*”, *California Law Review*, 66, 1978, p. 892.

205 Coleman, J., “Negative and Positive Positivism”, *Law Journal of Legal Studies*, 11, núm. 1, 1982. También publicado en Cohen, M. (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, *cit.*, nota 9, pp 28-48.

recho ordinario, que puede ser parcialmente indeterminado, vago o conflictivo. Gracias a estos principios, los jueces no necesitan acudir a la discrecionalidad judicial para llenar los espacios vacíos del derecho o para corregir su indeterminación.

Frente a estas observaciones, Coleman distingue tres versiones del positivismo jurídico: el positivismo jurídico “negativo”,<sup>206</sup> según el cual, los sistemas jurídicos no necesitan reconocer como derecho estándares morales controvertidos, aunque pueden hacerlo; el positivismo jurídico positivo de los “hechos duros” (*hard facts*),<sup>207</sup> que sostiene que los estándares controvertidos no pueden ser contados como derecho y rechaza las tres observaciones de Dworkin anteriormente mencionadas; y, por último, un positivismo jurídico positivo que Coleman denomina de las “reglas sociales”. Esta versión “insiste únicamente en el estado convencional de la regla de reconocimiento pero acepta los tres puntos de Dworkin”.<sup>208</sup>

Si la incorporación de principios morales controvertidos no es una característica necesaria del concepto de derecho, el argumento de Dworkin que observa cómo figuran estos principios en la práctica jurídica anglosajona parece inadecuado para eliminar la débil afirmación que hace el positivismo negativo. Además, si Dworkin tiene razón en creer que los principios morales controvertidos a veces figuran en los argumentos jurídicos —Coleman se inclina a creer que esto es correcto—, entonces toda visión positivista comprometida con la visión de que la naturaleza del derecho implica que éste sea esencialmente no controvertido —como lo hace el positivismo de los “hechos duros”— parece equivocada. Por esto, Coleman propone un positivismo jurídico que acepte la naturaleza controvertida de algunos razonamientos jurídicos y rechaza la idea de que ello sea incompatible con la afirmación de que el derecho es convencional por naturaleza.<sup>209</sup> Así, intenta superar los argumentos que Dworkin había ofrecido contra un positivismo menos positivo. Más adelante se analizará con detenimiento el positivismo jurídico “incorporacionista” desarrollado por Coleman y se observarán con minuciosidad la tesis negativa y positiva que lo componen.

206 Cfr. Coleman, J., “Review: *Taking Rights Seriously*”, *cit.*, nota 204, p. 901 y “Negative and Positive Positivism”, *cit.*, nota 205, p. 29.

207 Cfr. Coleman, J., “Negative and Positive Positivism”, *cit.*, nota 205, p. 46.

208 *Idem.*

209 Cfr. *ibidem*, p. 47.

### 3. *Las respuestas de Dworkin*

Como se ha adelantado, Dworkin presenta nuevas réplicas contra los trabajos que defienden una versión incluyente del positivismo jurídico. Además, Dworkin propone algunas nuevas críticas al positivismo jurídico. Una de estas críticas se dirige contra las versiones semánticas del positivismo jurídico y es denominada el “aguijón semántico”. La otra se dirige contra las versiones convencionalistas del positivismo jurídico. En este epígrafe se analizará la segunda respuesta de Dworkin a los defensores de un positivismo jurídico menos positivo y las nuevas críticas que se acaban de enunciar.

#### *A. Segunda respuesta a los defensores de un positivismo jurídico menos positivo*

Contra los argumentos ofrecidos por Soper en “Legal Theory and the obligation of a Judge. The Hart/Dworkin Dispute”,<sup>210</sup> Dworkin repite las críticas que anteriormente había ofrecido en “Seven Critics”,<sup>211</sup> y que ya han sido analizadas.

En relación con la respuesta de Lyons a su argumento sobre la función del derecho en la teoría de Hart, Dworkin resalta el escepticismo de Lyons acerca de la normatividad del derecho. Para Dworkin, toda teoría del derecho, incluso la positivista, se basa en una teoría normativa particular. Lyons reconoce que algunos positivistas proveen argumentos políticos para su positivismo —por ejemplo, Bentham y Raz—. Sin embargo, afirma que otros positivistas creen que el derecho es una cuestión de hechos sociales, no porque esto es deseable sino porque es como las cosas suceden. Para defender esta idea, Lyons cita a Hart. Dworkin reconoce que Hart, al principio de *The Concept of Law*, afirma que intentará hacer un estudio lingüístico, descriptivo y sociológico del derecho. No obstante, a su juicio, cuando Hart observa que algunos sistemas jurídicos formados sólo por reglas primarias sufren defectos como la incertidumbre, el ser estáticos y la ineficiencia, este autor justifica de forma política el positivismo jurídico. Por esto, Dworkin sostiene que la teoría jurídica

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

211 Dworkin, R., “Seven Critics”, *cit.*, nota 11.

de Hart está respaldada en bases políticas y no meramente descriptivas.<sup>212</sup>

Para Dworkin, el concepto de derecho en nuestra cultura jurídica funciona como un concepto disputado (*contested concept*), al igual que el concepto de justicia. Son conceptos disputados porque proveen focos de desacuerdos sobre un cierto rango de cuestiones, y no forman un depósito de lo acordado. El derecho es un concepto político, no sólo porque es un concepto disputado, sino por el modo en que es disputado. El derecho se manifiesta como un concepto político por el modo en que es usado, y por el contexto en el que se debate su significado, que es profunda y densamente político.<sup>213</sup>

Dworkin comparte con Coleman la idea de que lo que éste llama “positivismo negativo” es una teoría trivial, y que la versión del positivismo de los “hechos duros” es una teoría falsa.<sup>214</sup> No obstante, sostiene que la versión del positivismo jurídico propuesta por Coleman resulta muy parecida a la de Soper.

Coleman sostiene que la autoridad del derecho siempre depende de una convención fundamental —que puede ser muy abstracta—, incluso cuando en algunos sistemas jurídicos lo que dicha convención requiere sea controvertido. Para Dworkin, tanto Hart como Raz y otros positivistas contemporáneos rechazan esta posibilidad, debido a que deja al positivismo muy cerca de ser una teoría trivial.<sup>215</sup>

El problema de la visión del “derecho como convención” es que debe estipular un nivel de concreción que sea interesante y que toda convención tiene que tener para ser considerada como la convención jurídica fundamental de una comunidad. Si esta visión sostiene que todos los sistemas jurídicos ofrecen una convención con ese nivel requerido de concreción, esto es falso, como Coleman parece reconocer. Pero si afirma que algunos sistemas jurídicos ofrecen este tipo de convenciones, esto da como resultado un positivismo negativo, que como anteriormente se ha mencionado, resulta poco interesante, por trivial.<sup>216</sup>

212 *Cfr.* Dworkin, R., “A Reply” en Cohen, M., (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, *cit.*, nota 9, p. 255.

213 *Ibidem*, p. 256.

214 *Ibidem*, p. 252.

215 *Ibidem*, p. 253.

216 *Idem*.



## B. *Nuevas críticas al positivismo jurídico*

Muchos años después de haber publicado sus primeras críticas contra el positivismo jurídico, Dworkin presenta una nueva objeción contra el positivismo de Hart que denomina el “agujón semántico”. En la misma obra que presenta su nueva crítica al positivismo jurídico hartiano, Dworkin analiza críticamente distintas versiones de la teoría jurídica convencionalista, dentro de las que destacan el positivismo jurídico de Coleman y algunas de las propuestas ofrecidas por Lyons y Soper. Como podrá observarse, ambas críticas afectan a las distintas versiones del ILP y por esta razón serán tratadas a continuación.

### a. El agujón semántico

Dworkin esboza este argumento contra las teorías que ofrecen definiciones explícitas. Especialmente contra una de las teorías semánticas, *The Plain Fact View*.<sup>217</sup> Esta visión del derecho sostiene que “el derecho existe como un hecho evidente”<sup>218</sup> y, por lo tanto, lo que es el derecho de ninguna forma depende de lo que debería ser.

Conforme a esta teoría, no pueden existir desacuerdos genuinos sobre los fundamentos del derecho. Es decir, el desacuerdo teórico es una ilusión. Cuando los abogados y jueces parecen tener un desacuerdo teórico sobre el derecho, es decir, parecen disentir en forma teórica sobre lo que es el derecho, en realidad solamente no están de acuerdo en lo que debería ser el derecho. Esto es así debido a que, para *The Plain Fact View*, la existencia del ordenamiento jurídico depende de criterios compartidos que se vuelcan en algunos hechos históricos.<sup>219</sup>

Para Dworkin, la idea central de la teoría de Hart que hace depender de forma sustancial la veracidad de las proposiciones jurídicas de las normas convencionales de reconocimiento del derecho, es la que ha logrado un amplio apoyo. Para esta teoría, las proposiciones jurídicas son verdaderas sólo cuando existe una convención general o acuerdo de criterios sobre estas. Por esto, en tal visión el desacuerdo de criterios no tiene sentido, ya que, de producirse, dejaría de existir una práctica social a identificar o sobre la que discutir. En este caso, debido a que los partici-

<sup>217</sup> *Cfr. IJ*, p. 19.

<sup>218</sup> *Idem*.

<sup>219</sup> *Ibidem*, p. 36.

pantes de la discusión hacen referencia a casos diferentes, no habría un auténtico desacuerdo.<sup>220</sup>

*The Plain Fact View* sólo admite un tipo de desacuerdo en los criterios para determinar el derecho, el que se refiere a los hechos a los que acude el criterio convencional y que se produce en las zonas de penumbra. Este desacuerdo elimina el valor de verdad de las proposiciones jurídicas. En este punto el desacuerdo no versa sobre lo que exige realmente el derecho sino sobre lo que debería exigir el derecho. Por lo tanto, en esta situación, toda decisión implica la creación de una nueva norma jurídica recurriendo a la discrecionalidad.<sup>221</sup>

Dworkin propone una objeción contra las teorías semánticas en general, y especialmente contra la versión del positivismo jurídico recientemente descrita. Para él, las discusiones más relevantes en el contexto jurídico no se producen en los casos de penumbra, y no son meramente discusiones de carácter empírico sobre los hechos a los que acude el criterio convencional, sino que se trata de desacuerdos teóricos sobre cuestiones centrales.<sup>222</sup> A juicio de Dworkin, estos desacuerdos implican la existencia de versiones interpretativas rivales de un mismo fenómeno social y no una discusión sobre distintas prácticas.

Para Dworkin, si el debate jurídico es principalmente o en parte sobre cuestiones sustantivas, entonces todos los juristas no pueden estar utilizando los mismos criterios objetivos para decidir cuándo las proposiciones jurídicas son verdaderas o falsas. “Sus debates serían principalmente o en parte sobre qué criterios deberían usar. De modo que el proyecto de las teorías semánticas, el proyecto de extraer reglas compartidas de un cuidadoso estudio sobre qué dicen y hacen los abogados, estaría destinado al fracaso”.<sup>223</sup>

En síntesis, para Dworkin los desacuerdos no tienen carácter semántico; versan más sobre cómo son las cosas que sobre el significado de los términos. Es decir, estas controversias son de carácter interpretativo, versan sobre cuál es la mejor forma de interpretar una práctica social determinada.<sup>224</sup>

220 *Ibidem*, p. 43.

221 *Ibidem*, pp. 43-45.

222 *Ibidem*, p. 42.

223 *Ibidem*, p. 43.

224 *Ibidem*, pp. 47-49. Respuestas positivistas —no específicamente incluyentes— al “aguijón semántico” pueden verse en Raz, J., “Two Views of the Nature of the Theory of

### b. Críticas al convencionalismo

Dworkin comienza su análisis del convencionalismo observando las similitudes obvias que existen entre las teorías convencionalistas y las teorías semánticas descritas en el epígrafe anterior. Ambas teorías buscan resolver las cuestiones jurídicas únicamente apelando a las decisiones políticas del pasado, y ambas reconocen que el contenido de esas decisiones pasadas nunca es completo y, por lo tanto, cuando surgen nuevas cuestiones es necesario que los jueces decidan estos casos con cierta discrecionalidad. Es así como en estos casos ninguna de las partes tiene derecho legal a ganar con base en decisiones colectivas del pasado porque los únicos derechos de este tipo son los fijados por las decisiones políticas del pasado. No obstante, las nuevas decisiones políticas pueden convertirse en derechos legales para el futuro.<sup>225</sup>

Además de los parecidos existentes entre estas teorías, Dworkin observa una importante diferencia. Las teorías semánticas sostienen que el mismo vocabulario del derecho ejecuta y hace cumplir lo que describe. Por esto parecería contradictorio que se sostenga que la ley provee derechos más allá de los establecidos por medio de los mecanismos sancionados por convención. “Por el contrario, la concepción convencionalista del derecho es interpretativa: no hace ningún reclamo lingüístico o lógico de este tipo”.<sup>226</sup>

Dworkin afirma que el convencionalismo formula dos pretensiones directivas, posinterpretativas. Una positiva, por la cual se establece que los jueces deben respetar las convenciones legales salvo en circunstancias excepcionales. La otra negativa, por la que se declara que no hay derecho aparte de lo que se extrae de las decisiones políticas del pasado por medio de técnicas que en sí son cuestiones de convención. Por esto, en algunas cuestiones no existe ningún tipo de derecho preexistente y en estos casos los jueces ejercen su poder discrecionalmente.

Law”, *Legal Theory*, 4, 1998, pp. 249-282 y Endicott, T., “Herbert Hart and the Semantic Sting”, *Legal Theory*, 4, 1998, pp. 283-300. Traducción de Navarro, P. E., “Herbert Hart y el agujón semántico”, en Navarro, P. E. y Redondo, M. C. (eds.), *La relevancia del derecho: Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona, Gedisa, 2002, pp. 35-55.

<sup>225</sup> Cfr. *IJ*, pp. 90 y 91.

<sup>226</sup> *Ibidem*, p. 91.

Para Dworkin, el núcleo de cualquier concepción acerca del derecho intenta explicar o justificar la coerción ejercida por el ordenamiento jurídico. El convencionalismo parece ofrecer un argumento atractivo para justificar la importancia de las políticas del pasado para los derechos del presente. Para esta concepción, “las convenciones políticas del pasado justifican la coerción porque, y por lo tanto sólo cuando, proporcionan una advertencia justa al hacer que las ocasiones de coerción dependan de hechos simples, disponibles para todos...”.<sup>227</sup> En definitiva, este es el ideal de las expectativas protegidas.

Dworkin distingue dos tipos o formas de convencionalismo. Al primer tipo lo denomina “convencionalismo estricto”. Esta forma de convencionalismo restringe el derecho de una comunidad a la extensión explícita de sus convenciones legales, como son la legislación o el precedente. A la segunda forma de convencionalismo lo llama “convencionalismo moderado” y lo caracteriza por considerar que el derecho de una comunidad incluye todo dentro de la extensión explícita de estas convenciones. Para Dworkin, la pretensión positiva del “convencionalismo estricto” no ayuda a los jueces que se enfrentan a casos problemáticos, ya que sólo proporciona una pretensión negativa por la que se aconseja a los jueces que no deben pretender decidir los casos difíciles sobre fundamentos legales. No obstante, el “convencionalismo moderado” instruye a los jueces con una propuesta positiva de que decidan según su propia interpretación de los requerimientos legales, por más que éstos sean polémicos. Este tipo de convencionalismo resulta especialmente atractivo para una reciente generación de filósofos del derecho,<sup>228</sup> de entre los que enumera a Coleman, Soper y Lyons. A juicio de Dworkin, estos autores defienden una versión del “convencionalismo moderado” cuando sostienen que el derecho puede depender de juicios morales polémicos si así lo declara una convención legal.<sup>229</sup>

Por otra parte, Dworkin sostiene que el convencionalismo de tipo moderado fracasa en su intento de ser una versión del convencionalismo. A su juicio, resulta evidente que el “convencionalismo moderado” se acerca más a una forma abstracta y subdesarrollada de derecho como integridad que a la esencia del convencionalismo. Esta afirmación se basa en el hecho de que la versión moderada del convencionalismo rechaza la sepa-

<sup>227</sup> *Ibidem*, p. 92.

<sup>228</sup> *Ibidem*, p. 97.

<sup>229</sup> *Ibidem*, p. 299, n. 4 del capítulo 4.

ración entre el derecho y la política, sin impedir que un juez comprometa sus propias convicciones morales y políticas en su decisión. Por el contrario, son estas convicciones las que determinan para el juez qué elaboración de la convención es mejor y, por tanto, cuál es la que requiere el derecho. Por todo esto, para Dworkin el “convencionalismo moderado”, además de ser una forma ilegítima de convencionalismo, no parece garantizar o promover el ideal de las expectativas protegidas.<sup>230</sup>

Dworkin afirma que el “convencionalismo estricto” fracasa por no ajustarse a la realidad de la práctica jurídica. Para fundamentar esta afirmación observa cómo los jueces suelen prestar más atención a las llamadas fuentes convencionales del derecho —normas y precedentes— de lo que les permite esta versión del convencionalismo. Un juez cohibido por un convencionalismo de tipo estricto pierde el interés en la legislación y los precedentes una vez analizado el sentido explícito de los mismos. Sin embargo, en la práctica jurídica pueden observarse muchos casos en los que los jueces apelan al sentido implícito de las normas o de los precedentes para resolver distintos casos jurídicos. Además, para Dworkin es poco probable afirmar que en las prácticas constitucionales inglesas y norteamericanas el convencionalismo sea una buena interpretación del proceso por el cual estas culturas jurídicas cambian y se desarrollan a lo largo del tiempo.<sup>231</sup>

Por último, Dworkin analiza la posibilidad de que el convencionalismo se ajuste a las prácticas jurídicas inglesas y norteamericanas, cuestionando la posible justificación que el convencionalismo puede ofrecer de ellas. Para esto, se pregunta si el ideal de las expectativas protegidas —argumento por el cual se intenta justificar el convencionalismo— es acertado y hasta qué grado apoya realmente al convencionalismo.

A juicio de Dworkin, una posible confusión podría llevar a pensar que el ideal de las expectativas protegidas es un ideal democrático, ya que propone que sólo se use la coerción cuando ella está autorizada por procedimientos que el pueblo ha aceptado. Para este autor, el ideal de las expectativas protegidas no es necesariamente un ideal democrático, porque la intervención democrática del pueblo en el proceso jurídico se da en la elección de los legisladores que pueden imponer su voluntad a

230 *Ibidem*, p. 99.

231 *Ibidem*, pp. 100-106.

los jueces de una manera u otra, y no directamente sobre las decisiones de los jueces.<sup>232</sup>

Otro posible argumento justificatorio del convencionalismo sostiene que esta concepción jurídica es preferible a otras porque la justicia requiere que se avise al pueblo cuándo sus planes pueden ser interrumpidos por el poder estatal privándolo de su libertad, propiedad u oportunidades.<sup>233</sup> Este argumento supone que el reducir la sorpresa es un objetivo valioso e importante de la moral política. Sin embargo, en principio, la sorpresa o la frustración de las predicciones del pueblo no parece injusta, salvo cuando se alienta una predicción para frustrarla. Por más que la sorpresa no sea injusta puede ser indeseable por ser ineficiente. No obstante, esta no parece ser razón suficiente para justificar el convencionalismo.<sup>234</sup>

Dworkin observa también que algunos filósofos del derecho ofrecen un argumento que intenta explicar por qué la sorpresa es en general indeseable y cuándo se la debe aceptar a pesar de todo. Así, el objetivo del convencionalismo no es sólo proteger al pueblo de la sorpresa sino lograr beneficios sociales tanto en la actividad comercial como privada. Este argumento se basa en la idea de que las personas necesitan normas para poder convivir y trabajar juntas con eficacia, necesitando para esto estar protegidas cuando se apoyan en dichas normas. Sin embargo, a veces es mejor dejar asuntos sin regular por convención para permitir el juego de juicios independientes. Esta teoría busca lograr un equilibrio entre la confianza y la flexibilidad.<sup>235</sup>

Esta defensa del convencionalismo posee dos partes. La primera, sostiene que una adjudicación inteligente consiste en encontrar un equilibrio entre la predicción y la flexibilidad. La segunda, afirma que ese equilibrio debe estar apoyado por jueces que siempre respeten las decisiones explícitas tomadas anteriormente por instituciones políticas. Para lograr este objetivo, los jueces no deben considerarse con libertad para cambiar las normas adoptadas por las convenciones jurídicas sólo porque una norma diferente sería más justa o eficiente.

A juicio de Dworkin, el convencionalismo no es el camino más eficiente para lograr el mejor equilibrio entre la predicción y la flexibilidad

232 *Ibidem*, p. 107.

233 *Idem*.

234 *Ibidem*, pp. 107-109.

235 *Ibidem*, p. 110.

y por ende, la estructura más eficiente para coordinar las acciones de los ciudadanos a largo plazo. Para este autor, no debe elegirse una estrategia *a priori* como la más correcta.<sup>236</sup>

En síntesis, el convencionalismo no parece adaptarse a las prácticas jurídicas inglesas o norteamericanas y, además, no provee buenas razones para forzar a la práctica a que se adapte a esta concepción jurídica. “El fracaso del convencionalismo como una interpretación de nuestro derecho es completo: fracasa en ambas dimensiones de la interpretación”.<sup>237</sup>

### III. FRENTE A SCHAUER

A principios de la década de los noventa, cuando ya habían sido publicados varios trabajos que defienden la propuesta del ILP como versión del positivismo jurídico hartiano capaz de superar las críticas de Dworkin, Frederick Schauer publicó *Playing by the Rules*,<sup>238</sup> un trabajo dedicado a analizar la naturaleza de las reglas y el papel que éstas desarrollan en las decisiones tomadas por los ciudadanos y los operadores jurídicos. A continuación se estudiará la propuesta de Schauer y la vinculación de la misma con las distintas versiones del ILP. En concreto, se analizarán los puntos convergentes entre las distintas versiones del ILP y el positivismo presuntivo, y las críticas que se cruzan entre ambas versiones del positivismo jurídico.

#### 1. *El presumptive positivism de Schauer*

##### *A. Las reglas como generalizaciones prescriptivas probabilísticas*

Schauer afirma que lo que distingue una regla de una orden es que las reglas se dirigen a un grupo de situaciones o eventos y no a una situación

<sup>236</sup> *Ibidem*, p. 113.

<sup>237</sup> *Ibidem*, p. 114.

<sup>238</sup> Schauer, F., *Playing by the Rules*, Oxford, Clarendon Press, 1991. Con posterioridad a la redacción de este trabajo se ha tenido acceso a una traducción al castellano de esta obra (*Las reglas en juego*, traducción de C. Orunesu y J. Rodríguez, Madrid, Marcial Pons, 2004). No obstante, se mantienen las referencias al texto inglés. En algunas oportunidades las citas textuales se han ajustado a la traducción mencionada, y en otras se ha preferido la traducción propia efectuada con anterioridad.

en particular. Por esto, no hay reglas particulares sino que éstas son siempre generales. Para Schauer, toda generalización implica una elección sobre la necesidad de una generalización, y si es el caso, sobre la dirección en la que se va a generalizar y en qué grado o medida se realizará.<sup>239</sup> Una vez observado el carácter general de las reglas, Schauer distingue entre las generalizaciones descriptivas y las prescriptivas. Para nuestro autor, lo que caracteriza a las generalizaciones prescriptivas es que poseen un predicado fáctico y una consecuencia. Por esto, todas las reglas prescriben qué consecuencias se deben seguir si suceden determinados hechos.<sup>240</sup> De esta manera, para Schauer, una vez que somos capaces de separar en una generalización prescriptiva el predicado fáctico de sus consecuencias, se puede observar que dicho predicado está compuesto por una generalización descriptiva.<sup>241</sup> Un ejemplo, utilizado por el propio autor, puede servir para aclarar su exposición. Una regla de un restaurante establece “no se permite entrar con perros”. Esta regla implica una generalización: ningún perro puede entrar.<sup>242</sup>

Schauer observa que la elección por medio de la cual se realiza una generalización prescriptiva se hace con base en un juicio causal relacionado con un mal que busca evitarse o un bien al que intenta obtenerse. Siguiendo el ejemplo, debido a que alguna vez un perro ha causado molestias en algún restaurante, se ha decidido vedar la presencia de todos los perros con el fin de evitar futuras molestias. Este bien que busca obtenerse o el mal que quiere evitarse ha sido caracterizado por Schauer como la *justificación* de la generalización prescriptiva.<sup>243</sup>

Schauer observa que las generalizaciones descriptivas, como “el vino alemán es dulce”,<sup>244</sup> son comúnmente probabilísticas y no universales. Esto significa que probabilísticamente o generalmente —pero no necesariamente o universalmente— el vino alemán es dulce. Para este autor, las reglas son generalizaciones prescriptivas que tienen esta misma característica que las generalizaciones descriptivas anteriormente ejemplificadas. Por esto, al igual que las generalizaciones descriptivas, muchas veces el predicado fáctico de una regla, comparado con la *justificación* que

239 *Ibidem*, p. 21.

240 *Ibidem*, p. 23.

241 *Ibidem*, p. 24.

242 *Idem*.

243 *Ibidem*, p. 26.

244 *Ibidem*, p. 31.



la fundamenta, es más probabilístico que universal.<sup>245</sup> Así, del hecho de que un perro entre en un restaurante no se sigue necesariamente que cause molestias. En síntesis, el predicado fáctico de una regla “representa un grupo de hechos que se encuentran en una relación de *causación probabilística* con la justificación”.<sup>246</sup>

Debido a que las reglas están formadas por generalizaciones fácticas probabilísticas, Schauer sostiene que este predicado fáctico incorpora ciertos supuestos que no sirven a su justificación —en este sentido las reglas son sobre-incluyentes—, a la vez que no incorporan otros supuestos que podrían servir a su justificación —en este sentido las reglas son infra-incluyentes—.<sup>247</sup> Esto genera lo que nuestro autor ha denominado “experiencias recalitrantes”.<sup>248</sup> Estas situaciones se producen cuando la aplicación de una regla produce un resultado no derivado de su justificación.

De lo hasta aquí expuesto Schauer infiere que “detrás de toda generalización hay una justificación”,<sup>249</sup> debido a que las fundamentaciones existen porque las generalizaciones normativas son ordinariamente instrumentales y no definitivas. Las generalizaciones especifican y simplifican el resultado que normalmente puede obtenerse de la aplicación directa de las justificaciones. Volviendo al ejemplo anteriormente citado, Schauer observa que la fórmula “no se permite entrar con perros” es más simple y específica que “no se permite perturbar”. Como se ha visto, para Schauer las generalizaciones de las reglas aplican y especifican sus justificaciones y, por ello, considera que estas generalizaciones son la ejemplificación de esas justificaciones.<sup>250</sup> Para este autor, el significado de las ejemplificaciones que componen la justificación no necesariamente converge con el de la justificación, ya que el conjunto de supuestos a los que sería aplicable la ejemplificación puede no coincidir con el conjunto de supuestos a los que sería aplicable la justificación. Esto se debe, a juicio de nuestro autor, a la autonomía semántica del lenguaje. Ello significa que los símbolos —palabras, frases, oraciones, párrafos— que tie-

245 *Ibidem*, p. 34.

246 *Ibidem*, p. 29.

247 *Ibidem*, pp. 31-34.

248 *Ibidem*, p. 39.

249 *Ibidem*, p. 53.

250 *Ibidem*, p. 54.

nen capacidad de transportar significado, lo hacen independientemente de si logran un acierto comunicativo entre quienes las usan.<sup>251</sup>

### B. *Distintas formas de tomar decisiones*

Una vez presentado lo que a su juicio es la esencia de las reglas, Schauer se ocupa de explicar cómo operan o pueden influir las reglas en la toma de decisiones. Para esto, distingue dos diferentes modelos o formas de tomar decisiones, cuyas divergencias emergen cuando surgen experiencias recalcitrantes. Es decir, cuando la aplicación de una regla no produce un resultado derivado de su justificación. En un caso como este, bajo el modelo que Schauer denomina “particularista” (*particularistic*), el que toma la decisión modifica la generalización preexistente en la regla para que pueda cumplir con su justificación.<sup>252</sup> Esto significa que bajo esta forma de tomar las decisiones las reglas no ofrecen ninguna razón independiente para que se decida conforme a ellas. En definitiva, bajo esta forma de tomar las decisiones, cuando las reglas señalan un resultado diferente al que se obtendría por medio de la aplicación directa de su justificación, se decide buscar el resultado correcto sin seguir la regla. De esta forma, las generalizaciones de las reglas son tomadas como meros indicadores sin capacidad de ejercer ningún tipo de presión normativa.<sup>253</sup>

El otro modelo propuesto implica que las decisiones se basen en las reglas (*rule based decisionmaking*). Este modelo pretende que el encargado de decidir trate las generalizaciones de las reglas como si estuvieran atrincheradas (*entrenched*). Ello supone que las decisiones que se toman con base en una regla pueden tener un resultado distinto al de la aplicación directa de su justificación. Esta forma de tomar decisiones provee a quien decide de una razón para seguir las indicaciones de la generalización aunque las mismas produzcan un resultado malo desde la perspectiva de las justificaciones que son la base de la regla. Así, bajo este modelo de toma de decisiones, las generalizaciones son algo más que meros indicadores. Para Schauer, este atrincheramiento del predica-

251 *Ibidem*, p. 55.

252 *Ibidem*, p. 51.

253 *Idem*.

do fáctico es lo que permite a las reglas resistir los ímpetus de ser modificadas a causa de experiencias recalitrantes.<sup>254</sup>

Estas dos formas de tomar decisiones no son las únicas, sino que intentan polarizar y simplificar un infinito de alternativas que se pueden encontrar entre estos dos grandes paradigmas. Un ejemplo de modelo alternativo intermedio es presentado por Schauer como el modelo “particularista sensible a las reglas” (*rule-sensitive particularism*). Esta forma de tomar las decisiones —al igual que lo hace el modelo particularista— trata a las reglas como si transparentasen sus justificaciones. No obstante —y a diferencia del modelo particularista—, también considera la propia existencia de las reglas —en cuanto tales— como un factor para determinar cuándo las reglas deben ser dejadas de lado, si el resultado que indican diverge del resultado que se obtendría de la aplicación directa de sus justificaciones sustantivas. Es decir, bajo el modelo particularista sensible a las reglas se pueden aplicar reglas que contradigan sus justificaciones sustantivas. No obstante, esto no debe ser necesariamente así —como ocurre en el modelo de toma de decisiones basado en las reglas—. En el caso de que la aplicación de una regla se encuentre enfrentada a su justificación sustantiva, el encargado de decidir deberá analizar qué debe prevalecer, si los valores formales que defienden la aplicación de las reglas, o bien la justificación sustantiva de esa regla en particular.<sup>255</sup> En síntesis, este modelo de toma de decisiones “toma en cuenta las virtudes de las reglas sin elevarlas al mismo tiempo a una posición absurda...”<sup>256</sup>

A raíz de esto, Schauer observa que si bien un modelo de toma de decisiones basado en reglas puede generar experiencias recalitrantes, este sistema de toma de decisiones puede resultar deseable porque es capaz de servir a algunos valores como la equidad, la confianza, la predecibilidad, la eficiencia y la estabilidad.<sup>257</sup> Junto con estos valores, nuestro autor ofrece un argumento más en favor de un modelo de toma de decisiones basado en reglas. En concreto, sostiene que las reglas funcionan como herramientas para la distribución del poder. Bajo el modelo de toma de decisiones particularista se debe tomar en cuenta todo factor que pueda resultar relevante. En cambio, si se toma una decisión basándose en las reglas, las mismas reglas limitan la potestad de quienes deciden.

254 *Ibidem*, p. 62.

255 *Ibidem*, pp. 96 y 97.

256 *Ibidem*, p. 97.

257 *Ibidem*, pp. 135-166.

La justificación de esta limitación de la potestad de quienes deciden radica en el intento de evitar errores de apreciación. No obstante, ésta no es la única razón. Para Schauer, la concepción tradicional de la actividad jurisdiccional que sostiene que los legisladores crean el derecho y los jueces lo aplican, se sustenta en el presupuesto de que las cuestiones de valor sustantivo deben ser resueltas por instituciones con responsabilidad pública y no por instituciones no elegidas democráticamente.<sup>258</sup> Para nuestro autor, las reglas distribuyen el poder de forma temporal, al atrincherar generalizaciones del pasado, para el presente y el futuro.<sup>259</sup> Además, el poder es distribuido por las reglas de forma horizontal, dando potestades a algunos agentes y quitándoselas a otros, para determinar quién debe decidir en cada caso.<sup>260</sup> Esta función de distribución de poder permite que las reglas ayuden a la solución de problemas colectivos.<sup>261</sup>

C. *El presumptive positivism como la mejor explicación del lugar que ocupan las reglas en la toma de decisiones*

Una vez que Schauer cree haber probado que ambas formas de tomar decisiones, tanto la “particularista” como la “basada en las reglas”, son conceptual y psicológicamente posibles, y que ambas contienen los requisitos mínimos para ser aceptables en el campo del derecho, propone una variante del modelo de toma de decisión basado en las reglas, que denomina “positivismo presuntivo”.

Para esto, en primer lugar, Schauer observa distintas variantes del positivismo jurídico. Al respecto, menciona a Kelsen, Soper, Coleman y Lyons, entre otros autores, como ejemplos de una visión del positivismo jurídico que sostiene que esta tradición implica una afirmación conceptual y no descriptiva sobre la idea de derecho.<sup>262</sup> Para Schauer, una visión conceptual del positivismo jurídico puede ser correcta, pero considera que el positivismo jurídico no es solamente una afirmación conceptual sobre la naturaleza del derecho. A su juicio, es también una afirmación descriptiva que “pretende ofrecer una visión de aquellos sistemas jurídicos en los que un grupo limitado de reglas de tipo pedigrí es

258 *Ibidem*, p. 159.

259 *Ibidem*, p. 160.

260 *Ibidem*, p. 162.

261 *Ibidem*, pp. 162-166.

262 *Ibidem*, p. 197.

ampliamente diferente del grupo de reglas que no son de tipo pedigrí que son aceptadas dentro de una sociedad y disponibles para todos los que toman decisiones en la misma”.<sup>263</sup> Desde esta perspectiva, la distinción entre lo que es derecho y lo que no lo es resulta central para el positivismo. Esta visión del positivismo jurídico es semejante a la defendida por Raz y atacada por Dworkin.

Sin entrar en el debate sobre cuál de las dos versiones del positivismo jurídico es mejor, Schauer sostiene que la versión positivista recientemente descrita parece reflejar con más exactitud lo que intenta afirmar el positivismo jurídico. Bajo el presupuesto de que el positivismo se basa en la idea de reconocimiento en el sentido hartiano, el corazón del positivismo jurídico no descansa sobre la distinción entre el derecho y la moral, sino que recae “en el concepto de aislamiento sistemático” (*systemic isolation*).<sup>264</sup> Es decir, en la idea de que existen sistemas jurídicos en los que se puede identificar y distinguir las reglas jurídicas del resto del universo de reglas. Este identificador del derecho, que Hart llama regla de reconocimiento y Dworkin etiqueta como pedigrí, permite identificar las reglas jurídicas dentro del universo de reglas existentes y esto es lo que provee un test de validez jurídica. Para esta visión, el derecho posee un “dominio limitado” (*limited domain*);<sup>265</sup> es sólo una parte del grupo de reglas de una comunidad, resultando central para el positivismo jurídico la distinción entre lo que es derecho y lo que no lo es. De lo hasta aquí expuesto, puede observarse que existe una afinidad plena entre el positivismo jurídico y el modo de tomar decisiones basado en las reglas.<sup>266</sup>

Algunas críticas contra este modo de toma de decisiones afirman que si bien es posible pensar un modelo ideal en el que se tomen las decisiones jurídicas basándose en las reglas, un sistema de este tipo es muy diferente al sistema jurídico de Estados Unidos. En este sistema jurídico,

263 Schauer, F., “Rules and the Rule of Law”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 14, núm. 3, 1991, epígrafe V (se cita por epígrafe y no por página debido a que la versión de este artículo ha sido obtenida de Internet, EBSCO Host, <http://search.epnet.com/direct.asp?jid=HJP&db=buh> ).

264 Schauer, F., *Playing by the Rules*, *cit.*, nota 238, p. 199.

265 Sobre la tesis del dominio limitado del derecho, Schauer aclara que su visión es descriptiva y no conceptual. Con esta tesis se busca observar cómo en varios sistemas jurídicos el derecho es sólo una parte de un grupo de normas de una comunidad. Otros autores, como Raz, sostienen que la tesis del dominio limitado es un elemento necesario del concepto del derecho, pero Schauer expresamente se distancia de esta visión. *Cfr.* Schauer, F., “Rules and the Rule of Law”, *cit.*, nota 263.

266 *Cfr. ibidem*, epígrafe V.

en algunos casos los jueces están legitimados para no seguir una regla jurídica si la misma entra en conflicto con otro tipo de reglas sociales o morales. Y aunque este tipo de casos es estadísticamente poco común, la sola posibilidad de que ocurran situaciones como ésta hace que el juez deba consultar, en todos los casos, la totalidad de consideraciones que puedan hacer que deba dejar de lado una regla. Incluso las críticas llegan a afirmar que ninguna visión positivista o modo de tomar las decisiones jurídicas basado en reglas es capaz de explicar el modo en que funciona el *common law*, ni sus métodos.

Para Schauer, estas consideraciones parecen argumentativamente impecables, pero fenomenológicamente son falsas. Jueces, abogados y ciudadanos observan un mundo en el que el derecho parece ser la fuente que más se aplica en comparación con otras fuentes de reglas. Lo que se intenta es explicar cómo quienes toman decisiones parecen utilizar muchas veces distintos modos de tomarlas.

Desde esta perspectiva, es desde donde la idea de presunción parece útil.<sup>267</sup> A partir de la idea de presunción puede explicarse cómo en los sistemas jurídicos parece existir una presunción de que deben aplicarse las reglas jurídicas —tipo pedigrí—, aunque no en todos los casos. Esta presunción no es absoluta. Casos como *Riggs vs. Palmer*<sup>268</sup> lo demuestran.

En definitiva, según Schauer lo que emerge de esta prioridad de las reglas de tipo pedigrí “es un sistema que puede ser descrito como un positivismo presuntivo” (*presumptive positivism*).<sup>269</sup> El positivismo presuntivo es una afirmación descriptiva sobre el estatus de un grupo de reglas de tipo pedigrí dentro del universo de razones que existen para decidir en un sistema jurídico. Se presume que debe decidirse conforme a este grupo de reglas, pero esta presunción no es absoluta. La presunción es de tipo justificante. Es decir, hace presumible que se deben seguir los resultados indicados por las reglas, salvo cuando las razones para anular una regla son “particularmente fuertes”.<sup>270</sup> Para Schauer, si este conjunto de valores desplazantes de reglas es o no considerado “derecho”, es en cierta medida una disputa terminológica. No obstante, es también una cuestión que apunta a la retórica de la legalidad, a la medida en la cual

267 *Idem*.

268 *Cfr. DS*, pp. 72-74.

269 Schauer, F., *Playing by the Rules*, cit., nota 238, p. 203.

270 *Ibidem*, p. 204.

quienes deciden jurídicamente con base en un universo de normas sociales no identificables por su origen, deben hacerlo apoyándose en las connotaciones de deducción, restricción (*constraint*) y dominio limitado que sugiere la palabra “derecho”.<sup>271</sup>

Por esto, a juicio de Schauer, el positivismo jurídico no sostiene la tesis fuerte de la exclusividad. De hecho, nada en el positivismo jurídico sugiere que sólo las reglas jurídicas deben guiar las decisiones judiciales.<sup>272</sup> Schauer sostiene que el positivismo jurídico se refiere a la validez jurídica de las reglas, no a las acciones últimas. Por esto, ningún aspecto del positivismo jurídico implica tratar a las reglas positivas como razones excluyentes para tomar una decisión.<sup>273</sup> Como ya se ha expuesto, Schauer considera que es posible hacer una excepción y apartarse de lo establecido por las reglas cuando su aplicación produciría “un error de una magnitud particularmente grave”.<sup>274</sup>

El positivismo presuntivo es una forma de explicar la relación entre el subgrupo de reglas de tipo pedigrí y todo el universo de reglas. Para Schauer, si el positivismo presuntivo es correcto, tanto las observaciones de los positivistas de que el derecho se encuentra en una colección de libros, como las observaciones de autores como Dworkin, según el cual las reglas no forman parte de un grupo cerrado que controlan las decisiones judiciales, son correctas.<sup>275</sup>

Aunque Schauer considera que su versión del positivismo (*presumptive positivism*) logra describir mejor que otras teorías el lugar que ocupan las reglas en la toma de decisiones en los sistemas jurídicos modernos, intenta ofrecer razones normativas en apoyo de su teoría, que denominará las virtudes silenciosas de las normas.<sup>276</sup> Con esta finalidad, ofrece dos argumentos. El primero de ellos parte de afirmar que ninguna persona

271 Cfr. *ibidem*, pp. 205 y 206. Ródenas lamenta que Schauer no sea más explícito con respecto a las implicaciones de lo que llama la “retórica de la legalidad” y considera criticable que no se determine en qué consisten y cuándo se producen las razones desplazantes particularmente fuertes. Cfr. Á. Ródenas, *Razonamientos judicial y reglas*, México, Fontamara, 2000, pp. 60 y 61.

272 Cfr. Schauer, F., *Playing by the Rules*, *cit.*, nota 238, p. 200.

273 Cfr. *ibidem*, pp. 204 y 205.

274 *Ibidem*, p. 117, nota 7. Para Ródenas, uno de los puntos más débiles de la propuesta de Schauer es su falta de concreción con respecto a lo que debe entenderse por un error de una magnitud particularmente grave. Cfr. Ródenas, Á., *Razonamientos judicial y reglas*, *cit.*, nota 271, p. 56.

275 Cfr. Schauer, F., *Playing by the Rules*, *cit.*, nota 238, pp. 204 y 205.

276 Cfr. *ibidem*, pp. 229-233.

tiene la capacidad mental para considerar todas las cuestiones que pueden ser consideradas bajo un modelo de decisión particularista. Para evitar quedar paralizados por la incertidumbre y no cometer numerosos errores, sólo por el hecho de poseer poco tiempo para evaluar demasiadas cosas, es necesario simplificar este proceso. Para Schauer, el modo de evitar estas complicaciones es usar un modelo de toma de decisiones que limite las posibles consideraciones, para que puedan ser manejables. De este modo, puede observarse cómo las normas cumplen con la finalidad de simplificar la vida.<sup>277</sup> Este beneficio puede obtenerse incluso cuando las reglas son presuntivas y no absolutas. Para nuestro autor, a las reglas presuntivas se les aplica la misma fenomenología que a las reglas absolutas, sólo que de modo atemperado. Aunque cuando una regla tiene fuerza presuntiva se debe inspeccionar un rango más amplio de factores que cuando la regla posee fuerza absoluta, porque no existe otra forma de determinar si hay algún caso en que la razón provista por una regla se encuentra superada por otra razón, igualmente existen grados de intensidad en esta inspección.<sup>278</sup> Para Schauer, una cosa es inspeccionar todas las posibles razones suponiendo que todo puede ser parte de la decisión, y otra cosa es inspeccionar las mismas razones suponiendo que probablemente estas razones no son relevantes para la decisión que se tome. El primer modo de inspeccionar las razones requiere un análisis minucioso, mientras que el segundo modo implica simplemente que tales razones sean meramente vislumbradas (*glimpsed*).<sup>279</sup>

El segundo de los argumentos que ofrece Schauer en favor de su positivismo presuntivo evita recurrir a valores comúnmente utilizados con esta finalidad, como son la certeza, la confianza y la predecibilidad.<sup>280</sup> A diferencia de estos valores, Schauer se concentra en las reglas como dispositivos para la asignación de poder. No se afirma que las reglas sean siempre buenas. Se sostiene que las decisiones tomadas con base en reglas, al servicio de la asignación de poderes y sus valores, es normalmente algo bueno y que resulta “virtualmente imposible imaginar un sistema jurídico sin

277 *Ibidem*, p. 229.

278 *Ibidem*, p. 230.

279 *Idem*.

280 *Cfr.* Schauer, F., “Rules and the Rule of Law”, *cit.*, nota 263, epígrafe VI.



estas”.<sup>281</sup> Para Schauer, el modelo de toma de decisiones particularista es incapaz de captar el papel de las reglas en la asignación de poder.<sup>282</sup>

Con este argumento se afirma que las personas cumplen distintas funciones, tienen diferentes habilidades, lealtades, pertenecen a diferentes grupos y ocupan un lugar en el mundo en el que la distribución de autoridad sobre las personas, grupos e instituciones es un modo de vida necesario. En definitiva, se sostiene que estas determinaciones de distribución jurisdiccional no necesitan ser moralmente estériles, aunque se relega esta cuestión a una teoría moral sobre la separación de poderes que no se ofrece. No obstante, más allá del componente moral de la separación de poderes, esta división de responsabilidades afecta también nuestras razones prudenciales y pragmáticas: para Schauer, las reglas no sólo son instrumento de poder, sino también de limitación. Es decir, en parte se afirma que las reglas al asignar quién debe determinar ciertas cuestiones ayudan a recordar a quien toma una decisión que debe ser modesto y tener en cuenta que es posible que otros estén en mejores condiciones para determinar, por medio de un balance de razones, lo que se debe hacer. Por otra parte, sostiene que es racional pensar que para ciertas categorías de decisiones la determinación de lo que se debe hacer escapa el alcance de la autoridad.<sup>283</sup> Por último, observa que así como las reglas suelen ser instrumentos deseables de limitación de jurisdicción y, por lo tanto, de poder, son normalmente instrumentos deseables para la asignación de responsabilidades en un mundo complejo.<sup>284</sup>

En “Rules and the Rule of Law”<sup>285</sup>, Schauer analiza la relación entre el derecho y las reglas. A fin de abordar esta cuestión, se plantea cuatro preguntas que se subsumen en la cuestión principal. Primero, se pregunta si el derecho es un asunto relacionado con las reglas. Es decir, si algo en la naturaleza del derecho necesita que las decisiones jurídicas impliquen la aplicación de reglas preexistentes. Sobre esta primera cuestión, afirma que no toda institución correctamente denominada derecho debe implicar un modelo de toma de decisiones como el que se basa en las reglas; es decir, para Schauer es posible que un sistema de toma de decisiones descansa muy poco en reglas y que siga siendo susceptible de ser

281 *Ibidem*, epígrafe VI.

282 *Cfr.* Schauer, F., *Playing by the Rules*, *cit.*, nota 238, p. 231.

283 *Ibidem*, p. 232.

284 *Ibidem*, p.233.

285 *Cfr.* Schauer, F., “Rules and the Rule of Law”, *cit.*, nota 263.

considerado jurídico a los ojos de un cierto número de concepciones del derecho.<sup>286</sup>

Para sustentar este argumento, Schauer distingue entre las reglas regulativas y las reglas que establecen instituciones para la toma de decisiones. Sugiere asimismo seguir distinguiendo entre las reglas que establecen ámbitos de toma de decisión (*decisionmaking environments*) y las reglas que buscan guiar o controlar las decisiones.<sup>287</sup> Las reglas que establecen ámbitos de toma de decisión son las que definen o confieren jurisdicción para resolver en determinados ámbitos. Este tipo de reglas puede otorgar jurisdicción y determinar reglas sustantivas de decisión o simplemente cumplir con el primer objetivo. De esta manera, existen ámbitos de toma de decisión en los que sólo se usan reglas que otorgan jurisdicción. Por ejemplo, cuando se ordena a la policía que “mantenga la paz”. En estos casos, se decide con discrecionalidad. A su vez, existen ámbitos en los que las reglas otorgan jurisdicción y limitan las determinaciones. Esta distinción es el primer paso de la argumentación; resta establecer si tales formas de tomar decisiones pueden ser conceptualmente definidas como derecho. Esta cuestión puede ser respondida de diferentes modos. Por un lado, la cuestión puede plantearse en el plano empírico. Es decir, si hoy en día es lingüísticamente posible aplicar la palabra “derecho” a reglas que establecen ámbitos de toma de decisión y otorgan libertad para las decisiones. Desde una perspectiva sociológica, este tipo de reglas también parece ser parte del grupo de instituciones jurídicas. En definitiva, para Schauer, tanto desde una perspectiva relativa a la definición del derecho como desde una perspectiva empírica, las reglas que dan libertad a quienes tienen que decidir sobre cómo tomar una decisión jurídica deben contar como parte del derecho. Además, esta posibilidad parece estar en sintonía con muchas de las modernas versiones del positivismo jurídico, dentro de las cuales parece encontrarse también el ILP.<sup>288</sup>

La segunda pregunta versa sobre la posibilidad de que el derecho pueda ser una cuestión de reglas. ¿Es posible tomar decisiones basándose en las reglas? Si esto es posible, ¿este modo de tomar decisiones es consistente con la idea de derecho? De los dos primeros cuestionamientos se concluye que tanto el modelo de toma de decisiones particularista como

286 *Ibidem*, epígrafe II.

287 *Idem*.

288 *Idem*.

el modelo basado en las reglas poseen un espacio en una visión plausible sobre lo que es el derecho.

La tercera pregunta que se plantea este autor apunta a cómo funcionan de hecho —descriptivamente— nuestros sistemas jurídicos. A partir de una consideración descriptiva, Schauer elabora su idea del positivismo presuntivo, combinando caracteres de los distintos modelos de toma de decisiones de forma tal que un grupo limitado de reglas de pedigrí posee una fuerza presuntiva pero no conclusiva.

Si bien, a su juicio este tipo de sistema jurídico es el que tenemos, ello no significa que sea el tipo de sistema jurídico que debemos tener. Para finalizar, Schauer observa que aunque el derecho no necesita basarse totalmente en reglas, puede hacerlo. Por esto, se pregunta si es mejor que el derecho sea una cuestión de reglas. Sobre esta cuestión, prefiere no volver sobre los sobredimensionados argumentos relacionados con la predecibilidad y certeza del derecho, y se concentra en la función de las reglas en la distribución de poder.<sup>289</sup>

## 2. *Observaciones incluyentes al positivismo de Schauer*

Como ha podido observarse Schauer intenta ofrecer una propuesta de teoría que contiene tanto reglas como razones. El “presumptive positivism” es una versión del positivismo que pretende no limitar el derecho a reglas de tipo pedigrí, extendiéndolo a las razones que lo justifican, siendo éstas políticas, morales, sociales, de eficacia o de justicia. Esta original versión del positivismo jurídico ha sido especialmente analizada y valorada por dos de los principales exponentes del ILP. Tanto Waluchow como Coleman tienen en cuenta la propuesta de Schauer. Waluchow pretende servirse del interior de la teoría de Schauer para responder a algunas de las objeciones presentadas por sus opositores. En cambio, Coleman se ocupa de la propuesta de Schauer para criticarla y poner en evidencia lo que a su juicio son sus debilidades.

### A. *El presumptive positivism de Schauer como defensa del inclusive legal positivism frente al argumento de autoridad*

Waluchow considera que el ILP es consistente con la autoridad del derecho porque, a su juicio, la autoridad del derecho no consiste necesi-

289 *Ibidem*, epígrafe VI.

riamente en que su poder normativo proporcione razones excluyentes para la acción. Uno de los argumentos que Waluchow propone para justificar su posición se basa en que lo que determina el tipo de razón ofrecida por una directiva o pronunciamiento autoritativo depende mucho del contexto. A su juicio, la importancia del contexto para determinar la fuerza práctica de las directivas usadas por una autoridad es un interesante aspecto del trabajo de Schauer.<sup>290</sup> Waluchow observa que Schauer introduce el concepto de “ámbitos de toma de decisión” (*decisionmaking environments*) a los cuales se destinan diferentes tipos de reglas con diferentes tipos de fuerzas. Precisamente de este aspecto de la propuesta de Schauer, Waluchow extrae argumentos a favor de su defensa del ILP.

Para Waluchow, a veces puede justificarse que las normas sean tratadas como razones dependientes reemplazantes. Pero como Schauer observa, éste es sólo un ámbito de toma de decisiones. A veces, las reglas pueden poseer una fuerza presuntiva, en el sentido de opuesta a excluyente.<sup>291</sup> Schauer advierte que la presunción puede ser epistémica o justificatoria. La presunción epistémica se ocupa de la incertidumbre fáctica, en contextos donde, por razones sustantivas y procedimentales, una proposición se presume cierta, salvo que haya una razón especial para creer que es falsa. La presunción justificatoria opera en el marco de una toma de decisión en el cual se requiere que se obre de acuerdo con una regla, principio o decisión salvo que haya una razón especial para no hacer esto.

Waluchow sostiene que la observación que su ILP realiza sobre el derecho de Canadá e Inglaterra es parecida a la que Schauer hace sobre cómo el derecho de Estados Unidos incorpora presunciones justificatorias. Así, se dice que los derechos de la carta constitucional no son completamente excluyentes aunque gozan de una fuerte presunción a su favor.<sup>292</sup>

En síntesis, Waluchow sostiene —junto con Schauer— que la presunción a favor de una directiva puede variar de intensidad; incluso también puede variar según el tipo de factor que sea sopesado frente a la presunción.<sup>293</sup>

290 *Cfr.* Waluchow, W., “Authority and the Practical Difference Thesis: A Defense of Inclusive legal Positivism”, *Legal Theory*, 6, 2000, p. 56.

291 *Ibidem*, p. 57.

292 *Idem*.

293 *Ibidem*, p. 58.

Con este argumento —entre otros—, Waluchow pretende demostrar que las directivas de las autoridades jurídicas pueden no tener fuerza práctica —autoridad— pero si afectan restricciones morales sustantivas como las que se encuentran en la cláusula del debido proceso de la Constitución de Estados Unidos o en la Carta de Derechos y Libertades de Canadá.<sup>294</sup>

### B. *La crítica de Coleman*

Un análisis más crítico del trabajo de Schauer es el presentado por Coleman en *Rules and Social Facts*.<sup>295</sup> En este trabajo, Coleman analiza detalladamente la propuesta de Schauer y expone lo que cree son sus deficiencias.

Para Coleman, el positivismo presuntivo de Schauer pretende ser una teoría intermedia entre el modelo de las reglas y la concepción dworkiniana, una teoría que tiene en cuenta las reglas y las razones. Esta teoría busca ser “conceptualmente inatacable, descriptivamente exacta, y normativamente atractiva”.<sup>296</sup> Coleman cree que existen varias formas de criticar la posición de Schauer. La primera cuestiona el modo en que Schauer describe o caracteriza las posiciones con las que contrasta su teoría. La segunda objeta la visión de Schauer de la teoría jurídica anglo-americana, como descriptivamente inexacta. Por último, aunque la visión del derecho de Schauer describa correctamente las democracias constitucionales, dicha visión puede resultar normativamente poco atractiva.<sup>297</sup> De todas estas posibles críticas, Coleman decide ocuparse solamente de la primera.

Coleman afirma que la teoría del positivismo presuntivo de Schauer parte de un presupuesto falso. A su juicio, Schauer presupone que el positivismo jurídico ofrece una visión del derecho consistente y limitada únicamente a normas, afirmando que el derecho es una cuestión de hechos sociales, de “hechos puros”, de “hechos históricos”, de “hechos incontrovertibles”, es decir, una cuestión de pedigrí.

294 *Idem*.

295 Coleman, J., “Rules and Social Facts”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 14, núm. 3, 1991.

296 *Ibidem*, epígrafe IV (se cita por epígrafe y no por página debido a que la versión de este artículo ha sido obtenida de Internet, EBSCO Host, <http://search.epnet.com/direct.asp?jid=HJP&db=buh>).

297 *Ibidem*, epígrafe IV.

En su caracterización del positivismo jurídico Schauer parece seguir a Dworkin. Por esto, por medio de su positivismo presuntivo intenta ofrecer una alternativa tanto al positivismo —según la visión de Schauer— de Hart, como a la teoría dworkiniana. Para Coleman, “el positivismo no está de hecho limitado a la visión que sugiere que el derecho consiste en reglas”.<sup>298</sup> Si bien se admite que el derecho no necesita ser exclusivamente una cuestión de reglas o de razones, se reconoce que éste puede ser una mezcla de ambas.<sup>299</sup> Para Coleman, los hechos sociales pueden o no ser “hechos puros”, “simples”, “históricos” o “incontrovertibles”.<sup>300</sup> Por esto, el derecho es una cuestión de hechos sociales, pero en el sentido de que la autoridad de la regla de reconocimiento es una cuestión de convención social.

Schauer sostiene que el positivismo jurídico insiste en la distinción entre lo que es derecho y lo que no lo es. Por esto, afirma la tesis del dominio limitado del derecho (*limited-domain thesis*). Esta tesis parece implicar un problema para la versión del positivismo jurídico que Coleman defiende. La visión incluyente presentada por Coleman aparentemente permite que cualquier elemento forme parte de la regla de reconocimiento, haciendo que la regla de reconocimiento sea ilimitada, mientras que para Schauer el derecho es siempre limitado.

Coleman sostiene que aunque el derecho y la moral coincidan en un sistema jurídico particular, porque el criterio de juridicidad incorpora un criterio moral, la distinción entre derecho y moral seguirá existiendo. El criterio de moralidad y el de juridicidad seguirán estando separados. Esto se debe a que la posibilidad de que una regla de reconocimiento haga de la moral una condición de validez, es una posibilidad solamente contingente, es decir, no necesaria. A diferencia de lo que Schauer afirma, Coleman sostiene que el derecho puede coincidir completamente con la moral, e igualmente existir una diferencia conceptual entre lo que es derecho y lo que no lo es.

Para Coleman, debido a que la tesis del dominio limitado del derecho que propone Schauer —contraria a su visión del derecho— no se basa en las tesis centrales del positivismo jurídico —la tesis de la separabilidad y la tesis social—, no genera problemas a su versión del positivismo.<sup>301</sup>

298 *Ibidem*, epígrafe III.

299 *Idem*.

300 *Ibidem*, epígrafe IV.

301 *Cfr. ibidem*, epígrafes V y VI.

En síntesis, Coleman sostiene que su versión del positivismo jurídico basada en una tesis negativa (positivismo negativo) y en una tesis positiva (positivismo positivo), es una visión descriptiva y conceptualmente más exacta que la propuesta por Schauer.<sup>302</sup>

### 3. Presumptive positivism, exclusive legal positivism e inclusive legal positivism

Como pudo observarse, Schauer propone un modelo de toma de decisiones basado en las reglas, según el cual las decisiones que se toman con base en una regla pueden tener un resultado distinto al de la aplicación directa de su justificación. Este modelo, posee cierta similitud con el modelo diseñado por Raz, según el cual las reglas funcionan como razones excluyentes. No obstante este parecido, el modelo de Schauer —a diferencia del de Raz— otorga a las reglas de pedigrí una fuerza presuntiva, pero no absoluta. Ello significa que las reglas pueden ser dejadas de lado cuando existen razones de peso para ignorarlas. Schauer no cree que las reglas constituyan razones excluyentes que no pueden ser superadas. Para Raz, la sola posibilidad de que al momento de tomar la decisión se examinen algunas razones para analizar si debe aplicarse una regla, implica que tales razones no han sido excluidas por esa regla. En cambio, Schauer considera que existe una diferencia entre examinar minuciosamente todas las razones para aplicar una regla o simplemente echar un vistazo sobre tales razones.

En síntesis, para Schauer las reglas deben ser observadas en parte como razones de segundo orden excluyentes o incluyentes de alcance general, “pero también como razones de segundo orden cuyas generalidades se encuentran atrincheradas incluso en aquellas circunstancias en que la justificación que subyace a la razón de segundo orden es inaplicable”.<sup>303</sup>

Como se ha señalado, para Schauer la diferencia entre su positivismo presuntivo y el positivismo de Raz es de tipo fenomenológico o empírico.<sup>304</sup> A su juicio, la afirmación de Raz de que las razones excluyentes

<sup>302</sup> *Ibidem*, epígrafe IV.

<sup>303</sup> Schauer, F., *Playing by the Rules*, *cit.*, nota 238, p. 93.

<sup>304</sup> A juicio de Orunesu y Rodríguez, Schauer se equivoca al considerar que sus diferencias con Raz son de carácter descriptivo. Para estos autores, las diferencias entre Schauer y Raz no proceden simplemente de una cuestión fáctica; es decir, de dos descripciones diferentes de cómo, de hecho, la gente razona frente a un problema práctico.

son necesariamente no anulables puede ser lógicamente impecable, pero “es fenomenológicamente falaz”.<sup>305</sup>

El positivismo presuntivo de Schauer también posee cierta similitud con el ILP. Ambas versiones del positivismo jurídico hartiano pretenden desarrollar una forma de positivismo capaz de conciliar las cuestiones disputadas entre los positivistas y Dworkin. En concreto, ambas versiones del positivismo jurídico proponen una teoría que busca ubicarse entre el ELP de Raz y la concepción del derecho como integridad de Dworkin.<sup>306</sup> De hecho, Waluchow echa mano de algunos elementos que aporta Schauer para defender al ILP contra el argumento de la autoridad propuesto por Raz.

Schauer considera que el positivismo que proponen Coleman, Lyons y Soper niega que el positivismo jurídico consista en afirmaciones descriptivas; por el contrario, estos autores sostienen que el positivismo jurídico consiste en una tesis conceptual sobre la idea de “derecho”, según la cual, lo que es y lo que no es derecho en una comunidad es una cuestión de hechos sociales y no necesariamente de argumentos morales. Para Schauer, la tesis de la separación entre el derecho y la moral propuesta por Coleman es de carácter conceptual.<sup>307</sup> Si bien esta visión del positivismo jurídico le parece correcta, sostiene que esto apenas tiene conexión con una visión sobre las reglas. Ello se debe a que, si lo que ha de considerarse como derecho en una comunidad puede ser definido sólo por hechos sociales, no habría problema en que una comunidad adopte un sistema que considere que es derecho todo lo que decida una persona.

Para ellos, la diferencia depende del modo en que Raz y Schauer interpretan o explican ciertos hechos. Por esto, afirman que no hay modo de saldar una polémica como ésta a través de una cierta constatación empírica. En definitiva, a juicio de Orunesu y Rodríguez, la diferencia parece ser más bien de carácter conceptual —si una regla no prevalece siempre frente a sus justificaciones subyacentes, ¿puede o no calificársela como genuinamente como “regla”?— o normativo —¿existen razones que justifiquen optar siempre, frente a posibles experiencias recalcitrantes, por la solución que ofrece una regla, o esas razones poseen sólo un carácter *prima facie* y pueden ser derrotadas en casos particularmente exigentes?—, o quizá, de una compleja combinación de consideraciones conceptuales y normativas. *Cfr.* Orunesu, C. y Rodríguez, J. L. “Estudio Preliminar”, en Schauer, F., *Las reglas en juego*, *cit.*, nota 238, p. 27.

<sup>305</sup> Schauer, F., *Playing by the Rules*, *cit.*, nota 238, p. 205.

<sup>306</sup> *Cfr.* Ródenas, Á, *Razonamientos judicial y reglas*, *cit.*, nota 271, p. 60, n. 31. Sobre la relación entre el ILP y el positivismo presuntivo de Schauer también puede verse Escudero, R., *Los calificativos del positivismo jurídico*, Madrid, Civitas, 2004, pp. 179-188.

<sup>307</sup> *Cfr.* Schauer, F., *Playing by the Rules*, *cit.*, nota 238, p. 197.



Para Schauer, si esto es posible, las reglas no cumplirían ningún papel relevante para determinar la corrección de la tesis positivista, entendida como una tesis conceptual sobre la naturaleza del derecho.<sup>308</sup>

Una versión alternativa del positivismo jurídico es la defendida —a juicio de Schauer, de forma excesivamente extrema— por Raz y atacada por Dworkin. Para Schauer, esta es una visión descriptiva del positivismo jurídico sobre la divergencia entre el derecho de una comunidad y su moral. Según esta versión, para que el positivismo jurídico sea descriptivamente correcto es necesario que la regla de reconocimiento de toda comunidad o de alguna comunidad —según se interprete esta tesis como universal o para una comunidad particular— pueda marcar los límites y las diferencias entre su derecho y su moral. Si en una comunidad derecho y moral se encuentran superpuestos, esta comunidad no podría ser descrita como positivista. Es decir, según este punto de vista, el positivismo jurídico sería descriptivamente acertado respecto de cualquier comunidad en la que el conjunto de normas jurídicas no se superpongan con el conjunto de normas morales.<sup>309</sup>

Schauer afirma que no tiene motivos para determinar cuál de estas versiones del positivismo es mejor, incluso parece afirmar que ambas son congeniables, debido a que operan en diferentes planos, una en el plano conceptual y la otra en el plano descriptivo.<sup>310</sup>

308 *Cfr. ibidem*, p. 198.

309 *Idem*.

310 *Cfr. Idem*. Orunesu y Rodríguez consideran curioso que Schauer presente el ILP como una tesis conceptual y el ELP como una tesis descriptiva. Si bien estos autores reconocen que la mayoría de los incluyentes parecen presentar sus ideas circunscritas al plano conceptual, consideran que los defensores del ELP también pretenden asignarle este carácter a su posición. Además, para estos autores, si Schauer tiene razón, y el ILP y el ELP son compatibles por operar en diferentes planos, resulta muy difícil explicar los extendidos debates entre estas posiciones. Para estos autores, si se considera que el debate entre el ILP y el ELP se da en el plano conceptual, el ELP parece correr con ventaja debido a que el ILP presupone alguna forma de objetivismo moral. En cambio, si se considera que el debate se da en el plano descriptivo, el ILP parece dar cuenta más adecuadamente de la configuración de las prácticas corrientes en las democracias constitucionales contemporáneas. De hecho, estos autores creen que la versión débil del ELP que Schauer propone —positivismo presuntivo— difícilmente puede ser considerada una mejor teoría descriptiva que el ILP. Por último, estos autores afirman que si el positivismo presuntivo es considerado una tesis conceptual, esta teoría parece ser una variante del ILP, que al igual que la versión original, estaría sujeta a alguna forma de objetivismo moral. *Cfr.* Orunesu, C. y Rodríguez, J. L., “Estudio Preliminar”, *cit.*, nota 238, pp. 40-46.

En definitiva, para Schauer el positivismo jurídico fija dos conceptos importantes. El primero, y el de mayor importancia histórica, es el positivismo como negación del derecho natural. El segundo, y el de mayor relevancia en la actualidad, es el positivismo jurídico como negación de un modo de tomar las decisiones, en el que quien toma la decisión tiene habilitado todo el arsenal de normas sociales aceptadas. En este sentido, el positivismo jurídico se refiere al dominio limitado del derecho.<sup>311</sup>

Con respecto a la primera cuestión, Schauer se pregunta si el debate iusnaturalismo/positivismo tiene algo que ver con la teoría constitucional. A su juicio, el debate tradicional entre estas teorías sobre la identificación del derecho no tiene nada que ver con la práctica constitucional contemporánea.<sup>312</sup> Aunque admite que la existencia de sistemas jurídicos —como el de Estados Unidos— en los cuales es posible que la identificación del derecho dependa de juicios morales puede parecer una complicación para el positivismo jurídico, porque en estos sistemas jurídicos parece necesario adentrarse en el razonamiento moral, afirma que el positivismo sigue siendo conceptualmente irrefutable.<sup>313</sup> Para Schauer, ambas teorías reconocen este hecho, aunque lo interpretan de diferente modo. Para el positivismo jurídico las características de las Constituciones modernas son contingentes, mientras que para el iusnaturalismo estas características dependen de una verdad conceptual que se aplica a todos los sistemas jurídicos. Por lo tanto, Schauer reitera que el debate iusnaturalismo/positivismo aporta poco a las teorías constitucionales.<sup>314</sup>

También observa que se puede vincular el derecho natural o los derechos naturales con los derechos humanos. Para Schauer, el positivismo jurídico no es una teoría opuesta a la visión de que existen derechos humanos o naturales, como pueden ser las teorías escépticas, relativistas o

311 Cfr. Schauer, F., “Legal Positivism and the Contingent Autonomy of Law”, en Campbell, T. y Goldsworthy, J. (eds.), *Judicial Power, Democracy and Legal Positivism*, Aldershot, Ashgate Dartmouth, 2000, p. 217.

312 Cfr. Schauer, F., “Constitutional Positivism”, *Connecticut Law Review*, 25, núm. 3, 1992-1993, p. 801.

313 Cfr. *ibidem*, p. 802 y n. 9.

314 Cfr. *ibidem*, p. 803. Sin embargo, Schauer considera que la conceptualización que el positivismo jurídico hace del derecho constitucional resulta más atractiva a quienes no simpatizan mucho con el orden constitucional vigente. A su juicio, un iusnaturalista suele pensar que la práctica constitucional es en general algo valioso, mientras que un positivista, al estudiar e identificar el derecho constitucional sin necesidad de aprobar su moralidad y sin sentirse parte en esa empresa, puede ser más distante y crítico con dicha práctica. Cfr. *ibidem*, pp. 803-807.

subjetivistas morales. Por esto, a su juicio, el debate se sitúa entre la visión de los derechos naturales y el positivismo lógico. “Pero derechos naturales y positivismo jurídico no son contradictorios”.<sup>315</sup> No obstante, aclara Schauer que la existencia de derechos naturales no implica inexorablemente que los jueces los identifiquen y que los apliquen, cuestiones que a su juicio sí son tema de debate entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico.<sup>316</sup> En síntesis, en opinión de Schauer existe una posición filosóficamente coherente que admite: (1) la posibilidad contingente de que la identificación del derecho dependa de juicios morales; y (2) la existencia de antecedentes jurídicos como los derechos naturales, pero que bajo ciertas circunstancias intenta impedir o negar a ciertos agentes el poder de localizarlos y hacerlos obligatorios.<sup>317</sup> Estos argumentos, junto con su teoría del positivismo presuntivo, forman lo que Schauer ha denominado el positivismo constitucional.<sup>318</sup>

Más allá de esta aclaración, a Schauer no le interesa la disputa entre el derecho natural y la teoría que Coleman llama “positivismo jurídico negativo”. Para Schauer, si el ILP es correcto, sólo refuta una caricatura de la teoría del derecho natural; ni siquiera refuta la versión más sofisticada de iusnaturalismo. Aparte de refutar versiones indefendibles del derecho natural, es difícil ver qué más puede aportar el ILP.

A su juicio, lo que interesa no es distinguir entre el derecho y la moral, sino entre el derecho y todo lo demás, lo cual comprende a la moral pero no se limita a ella.<sup>319</sup> Por esto, rescata la idea de aislamiento sistemático ofrecida por su versión descriptiva del positivismo jurídico. Según Schauer, el sentido del positivismo jurídico es su capacidad para diferenciar el grupo limitado de normas jurídicas del resto del universo de normas.<sup>320</sup>

Schauer piensa que el positivismo jurídico no está comprometido con la idea de que sólo las reglas jurídicas identificables por su origen deben guiar las decisiones jurídicas. En cambio, sí parece que, para el positivismo jurídico, siempre que exista una regla jurídica identificable por su origen que sea aplicable a un caso, deberá empleársela para producir el

315 *Ibidem*, p. 809.

316 *Idem*.

317 *Ibidem*, p. 822.

318 *Ibidem*, p. 826.

319 *Cfr.* Schauer, F., “Legal Positivism and the Contingent Autonomy of Law”, *cit.*, nota 311, p. 220.

320 *Ibidem*, p. 221.

resultado. Como anteriormente ha sido explicado, para Schauer el positivismo jurídico es una teoría sobre la validez jurídica y no sobre las acciones últimas. Es decir, según nuestro autor, nada en el positivismo jurídico obliga a la persona que tiene que decidir, incluyendo a los jueces, a tratar una norma positiva como si fuese un elemento que excluye a cualquier otro elemento útil para la toma de decisiones.<sup>321</sup>

Schauer, siguiendo a Dworkin, observa que en los sistemas jurídicos reales no siempre se decide conforme a normas jurídicas —reglas o principios legalizados—. Por esto, propone un positivismo jurídico presuntivo, que otorga prioridad a las reglas jurídicas, sin que tal prioridad sea absoluta. En definitiva, “el positivismo presuntivo es una tesis descriptiva sobre el estatus de un grupo de normas de pedigrí dentro del universo de razones para decidir que emplean quienes deciden dentro de un sistema jurídico”.<sup>322</sup>

No obstante lo anteriormente expresado, Schauer afirma compartir con Coleman la idea de que la concepción del derecho que debemos adoptar no es la que encontramos. Esta concepción debe ser elegida por razones morales instrumentales, porque tiene consecuencias morales y la pregunta por cómo debemos concebir el derecho es instrumental respecto a esos fines. Más en concreto, Schauer cree sostener con Coleman que cuanto más delgada sea la concepción del derecho mejor, porque la delgadez permite que el problema moral quede alejado de la legalidad. Junto con Lyons, este autor sostiene que una gran parte de las motivaciones filosóficas y morales del positivismo jurídico, y especialmente de este tipo de positivismo, surgen por la insatisfacción con los sistemas jurídicos conocidos, o por cierto escepticismo, bien justificado, para con las virtudes del legalismo americano de moda.<sup>323</sup>

Para Schauer, desde esta perspectiva escéptica, la cuestión más importante es si la autoridad del derecho ha de considerarse como un componente necesario de toda visión sobre la naturaleza del derecho. Según este autor, hay buenas razones morales para no resolver la cuestión de la autoridad del derecho en el nivel conceptual. Estas razones morales, como Lyons aclara, surgen de la actitud previa con la que alguien se acerca al derecho. En efecto, desde el punto de vista interno, puede ser moral-

321 Cfr. Schauer, F., *Playing by the Rules*, cit., nota 238, p. 200.

322 *Ibidem*, p. 203.

323 Cfr. Schauer, F., “Positivism Trough Thick and Thin”, en Bix, B. (ed.), *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 76.

mente importante comprender la empresa de la que se participa en términos morales. Sin embargo, para el ciudadano común, la autoridad del derecho es algo que debe ser justificado y no simplemente explicado.

En respuesta a esto, Coleman dirá que lo que intenta hacer es demostrar la autoridad del derecho teniendo en cuenta las ventajas de su visión sobre las prácticas sociales convergentes. No obstante, si los argumentos morales para un positivismo “delgado” son buenos, entonces esos mismos argumentos generan un argumento fuerte para no asumir a priori la existencia de la autoridad del derecho —legitimada—.

La autoridad del derecho es una cuestión importante, pero es moralmente importante dejar abiertas las dos posibilidades: que el derecho nunca tiene autoridad, y que el derecho solamente tiene autoridad en virtud de algunas características contingentes de algunos sistemas jurídicos de algunas sociedades. Para esto, es necesario pensar la cuestión de la autoridad del derecho sin que ella forme parte de la naturaleza o del concepto del derecho.

Si para Coleman las condiciones necesarias para la autoridad del derecho no son requeridas por el concepto de legalidad, entonces la autoridad del derecho no es requerida por el concepto de legalidad. “Si estas son implicaciones de Coleman, debería aplaudírsele por esto. Si no, debería ser así”.<sup>324</sup>

En definitiva y como puede observarse, Schauer propone y defiende una versión del positivismo que llama “delgado”, “simple” o “débil” y sostiene esta versión del positivismo desde bases conceptuales y por razones morales.<sup>325</sup>

324 *Ibidem*, p. 78.

325 *Ibidem*, p. 65.