

CAPÍTULO TERCERO
LA CONSOLIDACIÓN DEL *INCLUSIVE LEGAL POSITIVISM*

I. El <i>soft positivism</i> de Hart	84
1. Críticas de Hart a la teoría de Dworkin	85
2. Respuestas de Hart a las críticas de Dworkin	88
II. El <i>inclusive legal positivism</i> de Waluchow	98
1. La tesis de Waluchow: un positivismo jurídico negativo y débil es capaz de acomodarse a las críticas de Dworkin.	100
2. Defensas contra los ataques del <i>exclusive legal positivism</i>	124
3. Las virtudes del <i>inclusive legal positivism</i>	139
III. El <i>incorporationism</i> de Coleman	143
1. Un positivismo jurídico negativo	144
2. Un positivismo jurídico positivo basado en el convencionalismo	146
3. La objetividad del derecho.	154
4. Los problemas de la autoridad del derecho	159
5. Algunas precisiones finales	166
IV. Recapitulación	169

CAPÍTULO TERCERO

LA CONSOLIDACIÓN DEL *INCLUSIVE LEGAL POSITIVISM*

A medida que fueron surgiendo nuevas réplicas contra los intentos incluyentes de superar las críticas de Dworkin al positivismo jurídico hartiano, el ILP se fue consolidando como teoría jurídica. Como puede observarse a partir de lo expuesto en el capítulo anterior, dos son las principales teorías que enfrentan la propuesta incluyente. Por un lado, la versión del positivismo jurídico de Raz; y por el otro, la visión del derecho como integridad de Dworkin. Del enfrentamiento contra estos opositores surge el desarrollo y la consolidación del ILP.

En este capítulo se desarrollarán las tres principales versiones del ILP o las tres principales defensas del ILP, que son las de Hart, Waluchow y Coleman. Cada una de estas defensas del positivismo incluyente posee sus peculiaridades y ofrece una respuesta propia a los desafíos procedentes de las otras teorías jurídicas.

En 1994 se publica el *Postscript a The Concept of Law* de Hart, por medio del cual el profesor inglés aclara o redefine sus tesis contra Dworkin. Esta aclaración o nueva versión de la posición de Hart resulta sin duda de gran importancia para comprender su concepción del positivismo jurídico o, por lo menos, para contrastar la evolución de dicha concepción.

En este mismo año Wilfrid Waluchow publicó *Inclusive Legal Positivism*, una obra que trata de ofrecer una defensa completa del positivismo jurídico incluyente y que formula por vez primera el nombre de esta versión del positivismo jurídico hartiano que acabará siendo mayoritariamente aceptado por la comunidad académica.

Para esta misma época, Coleman ya había esbozado su intención de presentar una versión del positivismo jurídico capaz de incluir valores en la regla de reconocimiento. A lo largo de los años este autor ha buscado desarrollar su versión del positivismo incluyente y ofrecer respuestas originales a sus opositores, desafiando incluso a otras versiones del ILP.

Estos tres autores desarrollan las principales versiones del ILP y, por esta razón, sus concepciones sobre éste serán expuestas con especial detenimiento. Tanto Waluchow como Coleman participan en el surgimiento de esta teoría y buscan con especial empeño y dedicación su desarrollo, consolidación y defensa. Si bien Hart ofrece sólo un pequeño trabajo en defensa del ILP, debido a que esta teoría es una defensa de su positivismo jurídico frente a los ataques de Dworkin, la aprobación de Hart de esta posibilidad justifica de sobra el considerar su opinión como fundamental para el desarrollo del ILP. El espacio que se dedica en este capítulo al desarrollo de las tesis de cada uno de estos autores se encuentra directamente relacionado con el desarrollo que tales tesis habían alcanzado a mediados de la década de los noventa. Posteriormente, alguno de estos autores seguirá desarrollando y presentando nuevas tesis en defensa del ILP, mientras que otros simplemente defenderán las tesis expuestas en este momento.

Es cierto que estos tres autores no son los únicos defensores del positivismo incluyente; no obstante, son quienes facilitan el surgimiento y desarrollo de esta versión del positivismo jurídico. Otros autores que intervienen en los orígenes de esta teoría no se ocupan especialmente de su defensa y desarrollo con posterioridad. Asimismo, también hay autores que han impulsado el progreso y el refinamiento del ILP; de estos últimos nos ocuparemos en los capítulos cuarto y quinto de este trabajo.

I. EL *SOFT POSITIVISM* DE HART

Los problemas planteados por Dworkin a la teoría jurídica hartiana han captado la atención de todos o casi todos los autores positivistas. De hecho, muchos de estos autores han intentado buscar una respuesta a estos cuestionamientos, o al menos han tratado de dar cuenta de los problemas que llevan consigo. Lo cierto es que el desafío planteado por Dworkin, hace ya más de treinta años, ha sido aceptado y no meramente pasado por alto. En este epígrafe serán desarrolladas las defensas que Hart ha presentado a favor de su teoría del derecho.

Hart dedicó sus últimos esfuerzos a defender su teoría del derecho. Con este objetivo, el profesor inglés trató de protegerla de los ataques dworkinianos de dos maneras. Por un lado, realizando una serie de críticas a las propuestas de Dworkin y, por el otro, defendiendo su teoría e

intentando rebatir todos los reproches que le fueron formulados. A continuación se expondrán de forma sintética el conjunto de críticas y defensas ofrecidas por Hart contra la teoría jurídica dworkiniana, para luego hacer hincapié en la defensa que ofrece de su versión “blanda” del positivismo jurídico. Como se verá, es importante para comprender el debate sobre el ILP tener en cuenta la versión del positivismo jurídico incluyente que Hart sugiere en su *Postscript a The Concept of Law*, publicado después de su muerte, en pleno auge de las teorías defensoras de un positivismo jurídico capaz de incorporar valoraciones en el derecho. Al confesar su adhesión a un positivismo blando, Hart pretende ofrecer una respuesta definitiva a todas las críticas de Dworkin contra su teoría jurídica. Para esto, acepta o asimila, aunque sea sólo parcialmente, algunas de las críticas u observaciones que Dworkin le hizo a lo largo del debate. En concreto, Hart parece aceptar la posibilidad de que la moral sea incorporada en el derecho, asimilando su positivismo jurídico a las versiones positivistas incluyentes.

1. *Críticas de Hart a la teoría de Dworkin*

Las críticas realizadas por Hart a la teoría de Dworkin se refieren principalmente a su visión del “derecho como integridad” y a su tesis de la única respuesta correcta. Además, Hart critica la concepción de Dworkin de la ciencia jurídica como teoría normativa de la adjudicación, ya que, a su juicio, es necesario mantener una teoría más general y descriptiva.³²⁶

A. *Crítica a la tesis de la relación necesaria entre el derecho y la moral*

Hart considera que Dworkin une derecho y moral por medio de los principios morales objetivos que figuran en la base de su teoría del derecho, proponiendo una teoría muy cercana al iusnaturalismo. Para el profesor inglés, las críticas de Dworkin contra su tesis de la discrecionalidad dependen de una teoría moral objetivista, ya que si no existe una moral objetiva Hércules no sería capaz de determinar qué teoría del derecho es la más sólida, ni cuál es la teoría que ofrece la mejor justificación moral del derecho. De no existir una moral objetiva, Hércules deberá confor-

³²⁶ Cfr. *Postscript*, p. 240.

marse con expresar sus preferencias, lo que implica un ejercicio de discrecionalidad.³²⁷ Además, si el derecho establecido es injusto, y los principios subyacentes a éste también lo son, no parece existir mérito alguno en extender estos principios a casos no regulados por el derecho. El hecho de que Dworkin admita que cuando el derecho es demasiado perverso para justificar su aplicación puede que el deber moral del juez sea mentir y ocultar ese derecho inicuo, ha llevado a Hart a preguntarse: “¿Cómo entonces, después de estas concesiones, puede Dworkin mantener, que hay una conexión conceptual entre derecho y moralidad, y que una «adecuada teoría conceptual del derecho» muestra que contiene una dimensión moral que explica y justifica el derecho explícito?”³²⁸

B. Crítica a la tesis de la única respuesta correcta

En segundo lugar, para Hart resulta dudosa la tesis de la única respuesta correcta y, en consecuencia, la tesis que niega la discrecionalidad judicial. A modo de ejemplo, resalta que en una teoría como la de Dworkin resultaría imposible determinar entre dos jueces competentes cuál tiene razón cuando éstos difieren sobre el contenido del supuesto componente moral natural del derecho. Por más que se difiere sobre una cuestión objetiva, para Hart no hay medios ni siquiera *prima facie* para determinar cuál, si es que alguno, tiene razón.³²⁹

C. Crítica a la visión de los derechos jurídicos como derechos morales

Hart arremete contra la afirmación de Dworkin, según la cual los derechos jurídicos son una especie de los derechos morales.³³⁰ Para Hart, Dworkin debe abandonar su teoría de que los derechos jurídicos son morales,³³¹ o simplemente reconocer que esta teoría es una trivialidad que no dice nada contra el positivismo jurídico.³³² Entre otras cosas, Hart ob-

327 Cfr. Hart, H. L. A., “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, *Sistema: Revista de Ciencias Sociales*, 36, 1990, p. 13.

328 *Ibidem*, p. 17.

329 Cfr. *ibidem*, pp. 15 y 16.

330 Cfr. Dworkin, R., “A Reply”, *cit.*, nota 9, p. 256.

331 Cfr. Hart, H. L. A., *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1982 (reimp. 2001), pp. 147-149.

332 Cfr. *ibidem*, pp. 150 y 151.

serva que si el derecho —normas o sentencias— de un sistema jurídico es injusto, los principios que proveen la “mejor justificación” de ese derecho sólo pueden ser los principios menos objetables de ese derecho injusto, pero serán incapaces de justificar todo el derecho de ese sistema jurídico. Por lo tanto, si los principios que proveen la “mejor justificación” del derecho no son capaces de justificar todas las normas de todos los sistemas jurídicos, esto implica afirmar —al igual que los positivistas— que los derechos jurídicos poseen una justificación moral en los sistemas jurídicos buenos, pero no en los inmorales.³³³ Sobre este debate, Hart concluye que los derechos jurídicos son el medio por el cual el derecho —con sus respectivos recursos coercitivos— protege y restringe la libertad individual, o confiere o deniega a los individuos el poder de utilizar la maquinaria coercitiva del derecho en beneficio propio. Por ello, los derechos jurídicos son uno de los puntos centrales del derecho independientemente de los méritos morales de las leyes.³³⁴

D. Crítica a la metodología de la ciencia jurídica propuesta por Dworkin

Para Hart, Dworkin no busca simplemente ofrecer algunos ejemplos contra las tesis positivistas. A su juicio, debería intentar ofrecer una teoría jurídica y científica general, ya que si el procedimiento que Dworkin describe se da sólo como un mero hecho contingente, sus críticas no serían un verdadero desafío para el positivismo jurídico.³³⁵ No obstante, Hart observa que Dworkin yerra si pretende ofrecer una teoría alternativa y global, ya que esta teoría no podrá aplicarse a los sistemas jurídicos que expresamente ordenan a los jueces resolver los casos difíciles como si fuesen legisladores.³³⁶

El cuestionamiento de Hart a la concepción dworkiniana de la ciencia jurídica radica principalmente en que esta teoría normativa, que requiere la adopción del punto de vista interno moral para interpretar una práctica jurídica específica, no es capaz de responder a la cuestión de qué es el derecho. La teoría normativa de la adjudicación de Dworkin sólo es ca-

³³³ *Ibidem*, p. 151 y *Postscript*, p. 270.

³³⁴ *Cfr. Postscript*, p. 269.

³³⁵ *Cfr.* Hart, “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, *cit.*, nota 327, p. 14.

³³⁶ *Ibidem*, p. 15.

paz de precisar el derecho de una comunidad concreta.³³⁷ Sobre esta cuestión, Hart reitera que la teoría más justificada de Dworkin es una teoría sobre un sistema jurídico determinado. Para Hart, una teoría del derecho debe ser más general y descriptiva, por lo cual, debe ser elaborada desde el punto de vista del observador externo.³³⁸

2. Respuestas de Hart a las críticas de Dworkin

El paradigma de los esfuerzos que Hart realiza para adaptar su positivismo jurídico a los ataques de Dworkin lo representa su *soft positivism*. Al final de su obra, Hart pretende demostrar que su versión del positivismo jurídico siempre fue “blanda”. Por esto, dedica sus últimos esfuerzos a defender este tipo de positivismo contra las críticas dworkinianas. A continuación se analizará, junto con otras defensas, la versión “blanda” que Hart presenta de su positivismo jurídico.

A. Aclaraciones, cambios y defensas en la teoría de Hart

En este apartado se desarrollarán tres cuestiones. En primer lugar, el cambio propuesto por Hart acerca de la obligatoriedad del derecho. Hart es consciente de lo problemática que resulta la noción de obligación que presentó en *The Concept of Law*, por esto decide cambiarla. Más adelante se observará la importancia de esta modificación en su teoría y cómo esta cuestión es retomada por otros autores, entre los cuales se encuentran algunos positivistas incluyentes. En segundo lugar, se analizará una aclaración que Hart ofrece sobre la naturaleza de la teoría jurídica. Por último, se expondrán las defensas que nuestro autor sugiere contra los ataques a la tesis de la discrecionalidad judicial.

a. El problema de la obligatoriedad del derecho

Para Hart, el mayor problema de la teoría del derecho presentada en *The Concept of Law* se encuentra en la noción general de obligación jurí-

337 Como puede observarse, las teorías del derecho de Hart y Dworkin parten de distintas premisas metodológicas y tienen diferentes metas. Esto hace que el debate Hart/Dworkin de la impresión de ser más un conjunto de conexiones perdidas que de respuestas encontradas. Cfr. Kramer, M., *In Defense of Legal Positivism: Law without Trimmings*, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 128.

338 Cfr. *Postscript*, p. 243.

dica.³³⁹ Esta noción sostiene equivocadamente que todo tipo de obligación surge de las reglas sociales. Estas reglas son supuestamente aceptadas por la mayoría como guía de conducta y pauta crítica, que se mantiene por exigencias generales de conformidad y presión en caso de desvío. Hart cree haberse equivocado en este punto, ya que esta teoría se ajusta solamente a las normas consuetudinarias. Sin embargo, las obligaciones jurídicas también se dan en los ordenamientos jurídicos que poseen normas emitidas por el Poder Legislativo y que son aplicadas por los tribunales. Como *The Concept of Law* no ofrece ninguna explicación de cómo surgen las obligaciones jurídicas en este tipo de normas, para nuestro autor, la teoría de la obligación aquí expuesta es incompleta. Por esto, es necesario presentar una nueva teoría sobre la idea general de obligación.³⁴⁰

Esta nueva teoría no consiste solamente en que las reglas son apoyadas de hecho, o en la observación de la presión y la exigencia como meras consecuencias predecibles de las desviaciones. Lo que se busca es una noción de obligación jurídica que contemple consecuencias normativas, es decir, legítimas. Por esto, en su nueva teoría Hart afirma que las normas no necesitan ser aceptadas por la mayoría de una comunidad para ser reconocidas como reglas válidas por los tribunales. Para él, son las reglas de reconocimiento las que otorgan criterios de validez jurídica a los jueces. Así, habitualmente las normas no necesitan estar apoyadas en la presión social y, de hecho, muchas veces no lo están. Las obligaciones que imponen las normas se basan o apoyan en las normas subsidiarias que exigen a los funcionarios responder a la desviación.³⁴¹

En síntesis, Hart afirma que la regla de reconocimiento es una regla social cuya autoridad depende de que sea aceptada por los jueces desde el punto de vista interno. En cambio, las reglas subordinadas a la regla de reconocimiento pueden o no ser reglas sociales y la autoridad de éstas depende de haber sido reconocidas como válidas por la regla de reconocimiento.³⁴² En cuanto a la relación entre las obligaciones jurídicas y las morales, Hart sostiene que “las obligaciones jurídicas existen cuando las demandas y la presión social están legitimadas por reglas jurídicas positivas, mientras que las obligaciones morales existen cuando están le-

339 *Cfr.* Páramo, J. R. de, “Entrevista a H. L. A. Hart”, *cit.*, nota 4, p. 343.

339 *Ibidem*, p. 344.

341 *Ibidem*, pp. 344 y 345.

342 *Cfr. Postscript*, p. 256.

gitimadas por reglas o principios morales”.³⁴³ Pueden existir conexiones entre las obligaciones jurídicas y las morales, pero son meramente contingentes, es decir, no necesarias. Como puede observarse, Hart modifica su teoría. No obstante, su concepto de obligación jurídica sigue siendo moralmente neutral, y las obligaciones morales y jurídicas siguen estando conceptualmente separadas.

b. La naturaleza de la teoría jurídica

Antes de comenzar a reconocer o a asimilar algunas de las críticas procedentes de Dworkin, el autor inglés considera necesario aclarar algunas cuestiones que, a su juicio, han sido mal interpretadas o confundidas. Básicamente, Hart repasa los objetivos de su teoría y su modo de aproximarse al estudio del fenómeno jurídico.

Hart repite o recuerda que busca ofrecer una teoría del derecho general y descriptiva. Al respecto, entiende que una teoría del derecho es *general* cuando no se encuentra atada a un sistema jurídico o cultura jurídica particular y cuando busca ofrecer una visión del derecho explicativa y esclarecedora, que concibe el derecho como una institución política y social compleja que gobierna mediante normas y en este sentido posee un aspecto normativo.³⁴⁴ La propuesta de Hart también es *descriptiva*. Es decir, “es moralmente neutral y no tiene fines justificativos: no busca justificar o encomendar las formas o estructuras que aparecen en [su] visión general del derecho en bases morales o de otro tipo”.³⁴⁵ Esto implica, a su juicio, un importante primer paso para cualquier crítica moral útil del derecho.

Hart considera que Dworkin rechaza una teoría meramente descriptiva del derecho porque una teoría de este tipo no tiene en cuenta el punto de vista interno del derecho. Es decir, el punto de vista del participante de un sistema jurídico. En definitiva, para Dworkin no se puede proporcionar una visión adecuada de esta perspectiva interna desde una teoría meramente descriptiva cuyo punto de vista es el de un observador externo.³⁴⁶ Sin embargo, para Hart una teoría jurídica descriptiva puede comprender

343 Páramo, J. R. de, “Entrevista a H. L. A. Hart”, *cit.*, nota 4, p. 345.

344 *Cfr. Postscript*, p. 239.

345 *Ibidem*, p. 240.

346 *Ibidem*, p. 242.

y describir la perspectiva interna de las personas que se encuentran sometidas al derecho sin adoptarla o compartirla.³⁴⁷ Para Hart, incluso si el fenómeno que se tiene que describir está formado por valoraciones, las “descripciones seguirán siendo descripciones, incluso cuando lo que es descrito es una valoración”.³⁴⁸

En síntesis, para Hart, Dworkin se equivoca cuando afirma que para ser correcta una teoría del derecho debe ser interpretativa y valorativa. Como ha sido observado en el epígrafe anterior, la teoría general y descriptiva de Hart es radicalmente diferente a la concepción dworkiniana, que es en parte valorativa, justificativa y está diseñada para una cultura jurídica en particular.³⁴⁹ Debido a que la crítica de Hart al modo en que Dworkin se aproxima al estudio del derecho ya ha sido analizada no se seguirá desarrollando esta cuestión.

c. La discrecionalidad judicial

Sobre las críticas al positivismo jurídico relacionadas con su tesis de la discrecionalidad judicial, Hart insiste en que, si bien es cierto que existen instrumentos como la analogía, la valoración de principios, etcétera, a los que los jueces pueden apelar para intentar alcanzar una decisión conforme a derecho, esto no elimina, sino que sólo retrasa el momento de la creación judicial del derecho.³⁵⁰

Dworkin sostiene que la creación judicial de derecho es injusta, por ser retroactiva. Hart analiza esta acusación y observa que la razón para justificar la injusticia del derecho retroactivo es la decepción de las expectativas justificadas de quienes han asumido las consecuencias de sus actos. A partir de esta premisa, Hart concluye que la discrecionalidad judicial no parece ser una causa de frustración de expectativas o de daño para la seguridad jurídica y la previsibilidad de las acciones, ya que en los casos difíciles el derecho no puede ofrecer una respuesta clara y precisa. Por lo tanto, no hay un derecho claramente establecido que justifique la creación de expectativas.³⁵¹

347 *Ibidem*, p. 243.

348 *Ibidem*, p. 244.

349 *Ibidem*, p. 243.

350 Hart, H. L. A., “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, *cit.*, nota 327, p. 10.

351 *Cfr. Postscript*, p. 276.

Por último, Hart afirma que la acusación sobre el presunto carácter antidemocrático de la creación judicial del derecho puede ser rebatida con dos posibles respuestas: (1) “La delegación de poderes legislativos limitando al ejecutivo es una característica de las modernas democracias, y tal delegación al Poder Judicial no parece una amenaza mayor para la democracia”,³⁵² (2) la creación judicial de derecho puede ser considerada como el precio mínimo a pagar a fin de evitar otro tipo de soluciones menos deseadas para la regulación de estos casos, como son la remisión de estas cuestiones al Poder Legislativo.³⁵³

B. *Las tesis del soft positivism de Hart*

Con el *Postscript*, Hart pretendió responder a las críticas que su teoría del derecho fue recibiendo durante más de treinta años. Sin embargo, sólo logró terminar una de las partes de este trabajo dedicada a responder las críticas de Dworkin. La otra sección dedicada a defender su teoría de los ataques de otros autores no pudo ser completada y por esto los editores prefirieron no publicarla.³⁵⁴ Hart parece aprovechar su última publicación para “aclarar lo que es oscuro, y revisar lo que originalmente escribi[ó] donde sea incoherente y contradictorio”.³⁵⁵ Si bien expresa la intención de aclarar su teoría, más que de modificarla, también es cierto que reconoce lo acertado de algunas de las críticas que ésta ha recibido. Por ejemplo, admite, aunque sólo parcialmente, las críticas que lo acusan de haber “ignorado” en su teoría a los principios morales, lo que a su juicio puede solucionarse sin mayores problemas, simplemente “acomodando” la teoría a éstos.³⁵⁶

³⁵² Hart, H. L. A., “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, *cit.*, nota 327, p. 11.

³⁵³ *Cfr. ibidem y Postscript*, p. 275. Para La Torre, Hart se enfrenta con un dilema al defender la tesis de la discrecionalidad judicial: o acepta la tesis de la discrecionalidad fuerte, adoptando un modelo judicialista (*Judex rex*) y, por lo tanto, abandona su pretensión de dar cuenta del punto de vista interno; o bien renuncia a la tesis de la discrecionalidad fuerte y da cuenta del punto de vista interno. *Cfr.* La Torre, M. “Judex rex”, *Ragion Pratica*, 21, 2003, pp. 440-445.

³⁵⁴ *Cfr. Postscript*, p. 239, n. 4 y la n. de los editores.

³⁵⁵ *Ibidem*, p. 239.

³⁵⁶ *Ibidem*, p. 259. El texto del *The Concept of Law* parece estar indeciso entre un positivismo *soft* y una visión más dura. Véase Green, L., “The Concept of Law Revisited”, *Michigan Law Review*, 94, 1996, pp. 1687-1717.

a. La naturaleza del positivismo jurídico

Debido a las diversas críticas expuestas por Dworkin contra el positivismo jurídico, Hart considera necesario comenzar la defensa de su positivismo *soft* aclarando la naturaleza del positivismo jurídico. Para el autor inglés, su positivismo jurídico no es una teoría semántica y, por lo tanto, lógicamente, el “aguijón semántico” no logra alcanzarla. Nada de su trabajo rechaza la posibilidad de que existan desacuerdos teóricos en y sobre los criterios para la identificación del derecho. Hart considera que la confusión sobre el tipo de positivismo jurídico que propone puede ser observada con claridad en la descripción que Dworkin hace de su positivismo. Este autor caracteriza el positivismo hartiano como una *Plain Fact View*, es decir, una visión que circunscribe la existencia y el contenido de las normas jurídicas a meros hechos históricos y evidentes. Además, Dworkin parece vincular la regla de reconocimiento hartiana con la certeza del derecho, mientras que Hart considera posible y hasta valioso un cierto margen de incertidumbre.³⁵⁷

Por último, Hart aclara que su positivismo jurídico tampoco puede ser identificado con una teoría interpretativa “convencionalista”. Es decir, su positivismo jurídico no considera que el derecho esté formado por hechos evidentes y no controvertidos, que se encuentran sujetos, no ya por el vocabulario jurídico como en la versión semántica, sino por una convicción que es compartida por los jueces y los abogados. Esta teoría busca que se asegure un valor, la protección de las expectativas. Para esta versión del positivismo jurídico, la coerción que utiliza el derecho depende de hechos (*plain-facts*) accesibles a todos los miembros de una comunidad jurídica, de modo que los miembros de esta comunidad se encuentran advertidos sobre el posible uso de la coerción. Esta teoría, a juicio de Hart, no refleja fielmente su concepción por dos razones. La primera, porque asimila el positivismo a una teoría cuyos criterios de juridicidad admiten solamente hechos evidentes (*plain-facts*), y Hart admite los valores como criterios de juridicidad. La segunda es que este positivismo convencionalista busca justificar la coerción del derecho, mientras que el positivismo de Hart es sólo descriptivo y no justificativo.³⁵⁸

³⁵⁷ *Postscript*, pp. 245-252.

³⁵⁸ *Ibidem*, p. 248. La Torre considera que Hart no consigue librarse de la acusación de que su teoría es una *Plain Fact View* negando simplemente su vinculación con estas visiones o afirmando que su teoría admite la incorporación de valores como criterios de

b. Argumentos contra la presunta insuficiencia de la regla de *reconocimiento*

En cuanto a la presunta insuficiencia de la regla de reconocimiento, Hart sostiene que no hay “razón alguna, por la que tal regla de reconocimiento no pudiera identificar directamente ciertos principios por su contenido y exigir que fueran tomados en cuenta como parte del criterio de validez jurídica”,³⁵⁹ sea que se refieran genéricamente a la moral o específicamente a la justicia. Así, la regla de reconocimiento puede incorporar como criterios de validez jurídica la conformidad con principios morales y valores sustantivos.³⁶⁰ Para Hart, la crítica dworkiniana basada en el “argumento del pedigrí” incurre en dos errores. Por un lado, afirma que los principios no pueden ser identificados por su pedigrí y, por el otro, sostiene que una regla de reconocimiento sólo puede proveer criterios de pedigrí. En opinión de Hart, ambas afirmaciones son equivocadas, porque por lo menos algunos principios pueden ser identificados como derecho por criterios de pedigrí proporcionados por una regla de reconocimiento y porque un complejo positivismo “blando” es capaz de identificar principios con criterios de contenido y no sólo con criterios de pedigrí. En definitiva, para Hart la aceptación de que los principios son parte del derecho es compatible con la doctrina de la regla de reconocimiento.³⁶¹

En cuanto a la crítica a la regla de reconocimiento basada en el “argumento de la controversia”, Hart reconoce la posibilidad de que la regla de reconocimiento sea incierta en algunos casos; ello implica que en estos casos el juez ha de ejercer su discrecionalidad.³⁶² Para Hart, esta crítica exagera el grado de certeza que un positivista atribuye a un cuerpo de estándares jurídicos y la incertidumbre que resulta del hecho de que el criterio de validez jurídica incluya la conformidad con principios o valores morales específicos. De hecho, para el profesor inglés la exclusión de toda incertidumbre, a cualquier precio, no es un acierto que haya consi-

juridicidad, pero sin negar el carácter descriptivo y neutral de su teoría. *Cfr.* La Torre, M. “Judex rex”, *cit.*, nota 353, pp. 435-437. Una respuesta, en Barberis, M., “Diritto: com’è/come deve essere. Hart, Dworkin e la teoria del diritto”, *Ragion Pratica*, 21, 2003, pp. 325-345.

³⁵⁹ Hart, H. L. A., “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, *cit.*, nota 327, p. 8.

³⁶⁰ *Cfr.* CD, p. 252; Hart, H. L. A., *Essays on Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1982, pp. 54-55 y *Postscript*, p. 250.

³⁶¹ *Cfr.* *Postscript*, pp. 265-266.

³⁶² *Cfr.* CD, p. 190.

derado para la regla de reconocimiento. Por el contrario, sostiene que un margen de incertidumbre debe ser tolerado, y en algunos casos bienvenido.³⁶³

Para Hart la regla de reconocimiento es una regla social cuya autoridad —y en definitiva, la autoridad del resto de las reglas— depende de que sea aceptada por los jueces desde el punto de vista interno. Por esto, si bien reconoce que pueden existir desacuerdos entre los jueces sobre si los criterios de validez que se encuentran dentro de la regla de reconocimiento son satisfechos en un caso particular, esto no afecta necesariamente el carácter social de la regla de reconocimiento. Ello se debe a que los jueces pueden estar de acuerdo en lo relevante de esos criterios, como algo establecido por la práctica judicial, incluso sin estar de acuerdo en qué requieren dichos criterios en un caso en particular.³⁶⁴

c. El carácter institucional del derecho y la moral

Anteriormente se han mencionado las defensas que Hart presenta contra las objeciones a la tesis de la discrecionalidad judicial. Con su *soft positivism*, Hart afirma haber defendido con éxito el resto de las tesis que a su juicio caracterizan al positivismo jurídico. Como puede observarse, su versión “blanda” del positivismo jurídico parece admitir la incorporación de criterios normativos para la determinación del derecho, sin renunciar a la tesis de las fuentes sociales del derecho y sin necesidad de abandonar la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral. Para Hart, existen muchas conexiones contingentes entre el contenido del derecho y el de la moral, pero de ningún modo se trata de conexiones necesarias.³⁶⁵ De hecho, la afirmación en la que se basa el *soft positivism*, y la que lo diferencia de la concepción jurídica dworkiniana, se encuentra íntimamente relacionada con el origen social que Hart atribuye al derecho. Para el autor inglés, “la existencia y el contenido del derecho pueden ser identificados con referencia a las fuentes sociales del derecho —ejemplo: la legislación, las decisiones judiciales, las costumbres sociales— sin referencia a la moral excepto que el derecho hasta aquí identificado haya incorporado criterios morales para la identifica-

³⁶³ Cfr. *Postscript*, pp. 251-252.

³⁶⁴ *Ibidem*, pp. 258 y 259.

³⁶⁵ *Ibidem*, p. 268.

ción del derecho”.³⁶⁶ En conclusión, Hart cree haber logrado su propósito, defender su versión del positivismo jurídico y derrotar a uno de sus principales opositores.

d. Reglas, principios y positivismo jurídico

Como se ha visto, para Hart una buena parte de las críticas ofrecidas por Dworkin contra su positivismo son incorrectas por estar basadas en una falsa caracterización del mismo.³⁶⁷ No obstante, Hart reconoce su falta de atino al no tener especialmente en cuenta los principios morales en su primera versión de *The Concept of Law*. Reconocida esta deficiencia el autor inglés aclara que este error puede ser fácilmente reparado, simplemente acomodando estos principios a su positivismo, sin serias consecuencias.³⁶⁸

Hart afirma que la regla de reconocimiento, tal y como él la concibe, es capaz de incorporar principios y valores morales —y no meramente hechos—. Es decir, que la validez de las normas jurídicas no es meramente una cuestión de forma, sino que también puede ser una cuestión de contenido. En este sentido el *soft positivism* de Hart parece adoptar una respuesta a la crítica de Dworkin vinculada con posiciones incorporacionistas o incluyentes. De hecho, Hart cita a Coleman y Soper como autores que desarrollan esta alternativa.³⁶⁹ De esta forma, Hart parece admitir —lo que a su juicio ya había hecho en *The Concept of Law*³⁷⁰— que no existe ningún problema en admitir que un sistema jurídico establezca principios de justicia o valores morales sustantivos como criterios de validez. Con estos argumentos Hart cree haber salvado definitivamente al positivismo jurídico de las críticas dworkinianas.

³⁶⁶ *Ibidem*, p. 269.

³⁶⁷ Varios autores ya habían hecho hincapié en la idea de que la crítica antipositivista dworkiniana dirige su armamento contra un positivismo jurídico que difiere sustancialmente de la teoría hartiana que se pretende abatir. Carrió considera que la teoría de Hart sobrevive al ataque de Dworkin porque este “ha equivocado el blanco”. Carrió, G., *Notas sobre derecho y Lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1986, p. 234.

³⁶⁸ *Cfr. Postscript*, p. 259.

³⁶⁹ *Ibidem*, pp. 250 y 265.

³⁷⁰ Hart observa que en *The Concept of Law* (*Cfr. CD*, p. 90.) ya había admitido esto cuando observaba cómo la quinta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos establece un conjunto de garantías —criterios normativos— que constituyen limitaciones jurídicas a las potestades legislativas de ese país. *Cfr. Postscript*, p. 247.

En cuanto a las diferencias entre las reglas y los principios, Hart aclara que a su juicio no existen razones para rechazar un cierto carácter soportable de las reglas en su aplicación. No parecen haber razones para que, toda vez que dos reglas puedan ser aplicadas a un mismo caso, una de ellas deba necesariamente quedar anulada. La regla que en ese caso ha sido dejada de lado, por ser considerada menos importante que la que fue aplicada, puede seguir existiendo y ser aplicada en otros casos, cuando ésta sea tenida por más relevante que el resto de las reglas aplicables a ese caso. Es decir, la diferencia entre las reglas y los principios en cuanto a su modo de aplicación es, para Hart, una cuestión de grado; a diferencia de lo que había sugerido Dworkin al referirse a la aplicación disyuntiva de las reglas.³⁷¹

e. El problema de la objetividad de la moral

Para finalizar, conviene reseñar una cuestión que Hart intenta aclarar en el *Postscript* y que ha generado un cierto desconcierto en el mundo académico. En buena media, el desarrollo de la propuesta “blanda” de Hart consiste en su defensa contra los ataques de Dworkin. Con esta finalidad, Hart analiza el argumento dworkiniano de la controversia, según el cual si se incorporan criterios morales para la determinación del derecho, la identificación de este dependerá en última instancia de juicios morales, los que según Dworkin son esencialmente controvertidos. La solución que Hart ofrece a esta crítica ya ha sido expuesta. Sin embargo, Hart se ocupa de aclarar que, a su juicio, y no obstante los problemas que plantea la crítica dworkiniana, “la teoría jurídica debe evitar comprometerse con teorías filosóficas controvertidas sobre el estatus general de los juicios morales”³⁷² y debe dejar abierta la pregunta sobre la “base objetiva” de los principios y valores. A juicio de Hart, ésta no es una cuestión de importancia práctica, ya que en la práctica no importa si un juez crea nuevo derecho con base en la moral o si, guiado por su juicio moral, aplica derecho preexistente.³⁷³

371 *Cfr. Postscript*, pp. 261 y 262. Una crítica a la tesis de la demarcación entre reglas y principios puede verse en A. Aarnio, “Reglas y principios en el razonamiento jurídico”, traducción de Serna, P., *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 4, 2000, pp. 593-602.

372 *Postscript*, pp. 253 y 254.

373 *Ibidem*, p. 254.

La conclusión a la que se llega después de este conjunto de análisis y opiniones parece ser tan acertada como desconcertante.³⁷⁴ Hart decide, de forma consecuente con su opinión recientemente comentada, dejar abierta la cuestión de si su *soft positivism* —al admitir la posibilidad de que se incluyan principios morales o valores en el criterio de validez jurídica— logra que los valores morales sirvan como criterios de validez jurídica, o si en cambio, sólo constituyen directivas para que los jueces creen nuevo derecho de acuerdo a lo que a su juicio les exigen esos criterios morales.³⁷⁵

II. EL *INCLUSIVE LEGAL POSITIVISM* DE WALUCHOW

Como ya se ha dicho, en la década de los ochenta algunos autores positivistas intentaron defender una posible compatibilidad entre el positivismo jurídico hartiano y la existencia de principios morales utilizados por los jueces para reconocer el derecho aplicable. Uno de estos autores, Wilfrid Waluchow, destaca por su esfuerzo en sostener la “tesis de la compatibilidad”.³⁷⁶ Su tesis doctoral, defendida en la Universidad de Oxford en 1980, analiza la problemática de la adjudicación y la discrecionalidad,³⁷⁷ desde entonces hasta su libro *Inclusive Legal Positivism*³⁷⁸ este autor fue publicando una serie de trabajos dedicados a robustecer su posición y eliminar toda barrera entre el positivismo jurídico y la posibilidad de que sean incorporadas valoraciones en las reglas de reconocimiento.³⁷⁹ En buena medida su libro *Inclusive Legal Positivism* está formado por ampliaciones de estos trabajos.

³⁷⁴ Soper es consciente de que algunas de las aclaraciones que Hart ofrece en su *Postscript* confunden más de lo que aclaran. Por esto, busca una manera de entender los estándares morales para que sean estándares jurídicos incluso si la pregunta sobre su objetividad está abierta. Para Soper, esta cuestión puede depender más de la creencia de los participantes sobre el estatus objetivo de los estándares morales, que de la corrección de esas creencias. Soper, P., “Two Puzzles from the Postscript”, *Legal Theory*, 4, 1998, pp. 361-372.

³⁷⁵ *Cfr. Postscript*, p. 254.

³⁷⁶ Waluchow, W., “Herculean Positivism”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 5, núm. 2, 1984, pp. 187-210.

³⁷⁷ Waluchow, W., *Adjudication and Discretion* (D. Phil. Thesis, Oxford University 1980).

³⁷⁸ *ILP*.

³⁷⁹ Algunos de estos trabajos son Waluchow, W., “Strong Discretion”, *The Philosophical Quarterly*, 33, núm. 133, 1983; “Hart, Legal Rules and Palm Tree Justice”, *Law and*

Lo que distingue al ILP de otras versiones del positivismo jurídico es su afirmación de que los estándares de moral política, es decir, la moral que usamos para evaluar, justificar y criticar las instituciones sociales, sus productos y sus actividades —como pueden ser las leyes—, pueden y son los que determinan la existencia, el contenido y el significado del derecho válido.

Ello plantea el reto de reconocer un papel muy importante a la moral política en la determinación del derecho, sin transformarse en una teoría iusnaturalista. Por esto, uno de los objetivos de Waluchow será demostrar cómo este riesgo puede evitarse sin renunciar a las principales ideas positivistas.

Para Waluchow, tanto Bentham como Austin y Hart se adhieren al ILP y no a versiones del positivismo jurídico como la de Raz, que excluyen a la moral de las bases lógicas y conceptuales utilizadas para determinar la existencia y el contenido del derecho válido. A su juicio, el positivismo jurídico que propone no es un nuevo positivismo, sino que representa un refinamiento o una clarificación de la posición de Hart.³⁸⁰ En síntesis, Waluchow busca demostrar que existe un positivismo posible entre el positivismo excluyente de Raz y la teoría dworkiniana del derecho.³⁸¹

En este epígrafe se analizarán los intentos de Waluchow de presentar un positivismo jurídico capaz de superar las críticas recibidas de Dworkin, adaptándose de tal manera que sea capaz de incorporar algunas de las sugerencias de la teoría jurídica dworkiniana sin abandonar la tradición positivista. El resultado de este esfuerzo es el ILP, versión del positivismo jurídico hartiano que, además de compatibilizar el positivismo con Dworkin, busca superar las objeciones de otros positivistas reticentes a esta alternativa. En concreto, también se analizarán las respuestas de Waluchow a los ataques del ELP y los argumentos por los que este autor considera que la posición incluyente resulta preferible a la excluyente. En buena medida todos estos argumentos se encuentran esbozados en *Inclusive Legal Positivism*. Con posterioridad a la publicación de esta

Philosophy 4 (1985); “Herculean Positivism”, *cit.*, nota 376; “The Weak Social Thesis”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 9, núm. 1, 1989; “The Forces of Law”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* (1990) y “Charter Challenges: A Test Case for Theories of Law”, *Osgood Hall Law Journal*, 29, 1990.

³⁸⁰ *Cfr. ILP*, p. 4.

³⁸¹ *Ibidem*, p. 3.

obra, Waluchow se ha dedicado a defender su posición; no obstante, estos nuevos argumentos serán analizados en el próximo capítulo.

1. *La tesis de Waluchow: un positivismo jurídico negativo y débil es capaz de acomodarse a las críticas de Dworkin*

La idea central defendida por Waluchow proclama que “la teoría de Hart puede acomodarse a las objeciones de Dworkin y continuar”.³⁸² Este autor concede a Dworkin que los principios son parte del sistema jurídico, que existen los casos difíciles y que los jueces deben imitar a Hércules cuando deciden estos casos. No obstante, el positivismo jurídico hartiano puede ser compatible con estas afirmaciones, transformándose en un positivismo jurídico herculeano.³⁸³ Para Waluchow, la incorporación de las afirmaciones de Dworkin sobre la práctica jurídica que son correctas es meramente un refinamiento de la propia teoría positivista.³⁸⁴

Como respuesta a esta propuesta compatibilizadora han surgido numerosas críticas, tanto desde dentro del positivismo jurídico como desde la concepción jurídica dworkiniana. De la defensa de este intento compatibilizador contra las críticas que le fueron opuestas, Waluchow concluye que uno debe ser “extremadamente cuidadoso al caracterizar el positivismo jurídico”.³⁸⁵ Por esto, propone identificarlo principalmente con la tesis de la separación conceptual o lógica entre el derecho y la moral, tesis que a su juicio se identifica con el “positivismo negativo” caracterizado por Coleman.³⁸⁶

De esta forma, se rechaza la afirmación iusnaturalista según la cual la juridicidad y la validez jurídica siempre dependen, de una manera u otra, del derecho natural. El iusnaturalismo sostiene que existe una vinculación *necesaria* entre derecho y moral. A diferencia de él, para el positivismo jurídico los requerimientos morales son un asunto contingente, relativo a hechos sociales, incorporados en la regla de reconocimiento por normas o por la jurisprudencia. Es decir, la regla de reconocimiento no

³⁸² Waluchow, W., “Herculean Positivism”, *cit.*, nota 376, p. 187.

³⁸³ *Ibidem*, p. 188.

³⁸⁴ *Ibidem*, p. 209.

³⁸⁵ *Idem*.

³⁸⁶ *Ibidem*, n. 67. En el epígrafe III. 1 de este capítulo se desarrolla la versión negativa del positivismo jurídico propuesta por Coleman.

necesita tener estos criterios morales. Lo que no implica que la validez jurídica nunca pueda depender de consideraciones morales.

Waluchow advierte que el positivismo jurídico no debe ser identificado con una tesis sobre los valores que el derecho debe perseguir. Sin embargo, reconoce que históricamente otros autores, también clasificados como positivistas, han intentado defender valores como la certeza, la determinación y la estabilidad, a expensas de otros valores, como la justicia. Desde esta perspectiva, sostiene que puede entenderse la preocupación del “positivismo fuerte” para que los tests de validez jurídica tengan un contenido neutral, estén relativamente determinados y sean de tipo pedigrí. Waluchow intenta demostrar que la vinculación entre el positivismo jurídico y estos valores no es esencial para la teoría positivista.³⁸⁷ Para esto, advierte cómo el positivismo fuerte afirma que el contenido de una norma jurídica válida puede ser determinado observando hechos de los seres humanos que pueden ser descritos en términos valorativamente neutrales. Esta visión es denominada por Raz como la “tesis social fuerte”, como ya se ha visto. Waluchow, junto con otros autores, propone una versión débil de la “tesis social” positivista, según la cual, las fuentes últimas del derecho son las prácticas sociales. Esta versión de la “tesis social” admite la posibilidad de que el reconocimiento de algunas normas pueda sustentarse en argumentos morales, siempre y cuando esos argumentos hayan sido previamente incorporados al sistema jurídico por medio de la práctica jurídica.³⁸⁸

Para Waluchow, el positivismo jurídico tampoco debe ser identificado con la tesis de que es necesaria la discrecionalidad fuerte cuando la moral entra en el derecho. Si bien reconoce que a veces, cuando los tests morales entran en juego, resulta necesaria la discrecionalidad judicial, Waluchow considera que no hay nada en el positivismo jurídico que obligue a pensar esto como inevitable en todos los casos. Además, para este autor resulta compatible con el positivismo jurídico la afirmación que sugiere que las cuestiones morales siempre tienen respuestas correctas. Sin embargo, también lo sería la tesis contraria, es decir, aquella que rechaza que existan siempre tales respuestas.³⁸⁹

³⁸⁷ *Ibidem*, p. 210.

³⁸⁸ *Cfr.* Waluchow, W., “The Weak Social Thesis”, *cit.*, nota 379, pp. 25 y 26.

³⁸⁹ *Cfr.* *ILP*, p. 231.

Tras afirmar que el positivismo jurídico no se encuentra necesariamente vinculado con una versión excluyente y que la versión incluyente parece ofrecer una mejor teoría descriptiva-explicativa del derecho, este autor sostiene que su versión del positivismo jurídico es diferente a la teoría dworkiniana. El ILP es una teoría general del derecho que se aproxima al estudio del fenómeno jurídico de forma descriptiva y explicativa; mientras que la teoría dworkiniana es una interpretación constructiva de “nuestro derecho”, lo que presumiblemente significa, una teoría sobre las prácticas jurídicas liberales occidentales.³⁹⁰

Finalmente, Waluchow sostiene que el ILP es capaz de rechazar la afirmación de Dworkin, según la cual el positivismo jurídico se encuentra vencido por el simple hecho de que los principios morales normalmente figuran en la determinación del derecho anglo-americano; debido a que el ILP parece ser una versión del positivismo jurídico coherente, plausible y capaz de reconocer esta posibilidad.

A su juicio, no parece haber razones para que la discrecionalidad —en sentido fuerte— sea necesaria cada vez que el derecho parezca incierto. Para evitar esto, se admite la posibilidad, aunque sea en teoría, de utilizar el método de decisión herculeano en estos casos.

En síntesis, Waluchow propone una versión del positivismo jurídico hartiano que afirma que “las consideraciones morales pueden, pero no necesitan figurar apropiadamente en la determinación del derecho... Desde que las consideraciones morales parecen figurar de esta forma, tenemos buenas razones para pensar que el positivismo incluyente es una teoría descriptiva-explicativa del derecho mejor que el positivismo excluyente”.³⁹¹

A. La propuesta metodológica de Waluchow

Waluchow es consciente del desafío que supone la teoría normativa dworkiniana para una aproximación al estudio del derecho positivista, esto es pura —desprovista de influencias morales y políticas— y científica.

Con la finalidad de superar este desafío, Waluchow describe primero las críticas de Dworkin al modo en que el positivismo jurídico se aproxi-

³⁹⁰ *Ibidem*, p. 167.

³⁹¹ *Ibidem*, p. 166.

ma al estudio del derecho, para luego poder presentar una concepción coherente con el positivismo jurídico y capaz de superar dichas críticas.

Waluchow observa cómo para Dworkin las distintas teorías del derecho difieren en determinar cuál es el fundamento del derecho y en cómo se descubre este fundamento. En concreto, señala cómo para Dworkin el positivismo pretende descubrir la base en la que se apoya el derecho de forma empírica. Por esto, para Dworkin el positivismo jurídico afirma que la existencia del derecho siempre será una cuestión de hechos sociales y su contenido siempre podrá ser descubierto sin necesidad de acudir a la moral o a cualquier tipo de evaluación, argumentación o juicio. El derecho es, según la interpretación dworkiniana del positivismo, datos simples y amoraes.

Para Waluchow, Dworkin sostiene que el positivismo se equivoca al tomar parte de la base del derecho como si fuera toda la base. Para Dworkin, los principios jurídicos ofrecen una base para el derecho que no puede hallarse en reglas de tipo pedigrí. A su juicio, la base real del derecho está formada por los principios de moral política que sustentan y justifican su fuerza coercitiva. Así, según la teoría dworkiniana, no hay bases sociales fundacionales del derecho. Las bases del derecho reposan en una teoría normativa, interpretativa y fundamental del derecho establecido.

Por esto, Waluchow describe la concepción jurídica dworkiniana como esencialmente normativa. Para Dworkin, debido a que el derecho normalmente proporciona una posibilidad de coerción, este hecho es parte de lo que debe ser explicado por una teoría jurídica que estudie la naturaleza del derecho. Como consecuencia de esto, una teoría jurídica no puede estar separada de la moral, como un ensayo de sociología descriptiva. En definitiva, para Dworkin las posiciones positivistas que separan el derecho de la moral, no sólo derivan en una teoría falsa sino también en una metodología jurídica deficiente.

A juicio de Waluchow, la teoría dworkiniana no solamente reconoce, sino que ensalza, el papel de los valores morales en la construcción de la teoría jurídica. Para esto, Dworkin sostiene que las descripciones moralmente neutras no son posibles; que estamos —nos guste o no— sujetos a creencias morales y políticas, prejuicios y tendencias, al construir una teoría del derecho; y que es mejor aceptar los compromisos normativos y

reconocer que las llamadas descripciones neutrales son de hecho racionalizaciones al servicio de predilecciones morales.³⁹²

Tras describir el modo en que Dworkin se aproxima al fenómeno jurídico, Waluchow presenta su posición. Ésta reconoce el papel de los valores en la teoría jurídica sin transitar todo el camino que recorre Dworkin. Para Waluchow, la concepción jurídica dworkiniana es incapaz de reconocer alternativas intermedias entre su propuesta y una ciencia jurídica aséptica kelseniana. Waluchow cree que es posible evitar una ciencia jurídica como la kelseniana “sin abordar directamente la cuestión de la justificación, y sin ofrecer una teoría moral positiva o escéptica sobre si la práctica realmente legitima la coerción”.³⁹³

Con esta finalidad, Waluchow incorpora la distinción de Raz entre consideraciones valorativas y consideraciones morales. Para él, las valoraciones con las que han de evaluarse las teorías del derecho no son morales, sino meta-teóricas. Es decir, las teorías del derecho han de ser evaluadas con criterios valorativos meta-teóricos (*meta-theoretical-evaluative criterion*) como la simplicidad o la coherencia. Criterios que a su juicio no son morales, porque nadie los observa como valores morales por naturaleza, aunque sí valorativos. En definitiva, Waluchow propone una teoría descriptiva-explicativa (*descriptive-explanatory theory*), que en última instancia se basa en consideraciones valorativas meta-teóricas como la simplicidad, la coherencia, etcétera.³⁹⁴

Más allá de estos criterios valorativos meta-teóricos, sugiere que una teoría del derecho puede describir sin problemas los elementos morales que hayan sido incorporados al derecho por medio de la práctica jurídica. Para Waluchow, descubrir que ciertos elementos de la práctica jurídica son iluminadores por ser moralmente relevantes no implica decir que la práctica jurídica se justifica moralmente en estos valores.³⁹⁵ En síntesis, admite la posibilidad —contraria a la concepción dworkiniana— “de observar la relevancia moral sin comprometerse moralmente”.³⁹⁶

Para Dworkin es imposible entender una práctica social como el derecho sin comprometerse en ella directamente, es decir, sin adoptar el punto de vista interno. Si bien Waluchow reconoce que el teórico del dere-

392 *Ibidem*, pp. 9-19.

393 *Ibidem*, p. 18.

394 *Ibidem*, pp. 19-21.

395 *Ibidem*, p. 23.

396 *Idem*.

cho —como cualquier otro científico— está guiado por juicios valorativos al desarrollar y elegir sus teorías, y que los teóricos del derecho interpretan los datos que intentan explicar —intentando hacer de sus teorías la mejor interpretación posible de esos hechos—, aclara que esto no significa que los científicos busquen que los datos que interpretan sean del mejor modo posible.³⁹⁷

Waluchow no cree que el único modo correcto de analizar el derecho sea el punto de vista interno. Para este autor, al igual que se puede hacer una teoría de lo que es el amor sin estar enamorado, quien intenta comprender una práctica social debe conocer el punto de vista de los participantes, tomándolo en serio; lo que no implica que deba participar desde dentro en esa práctica.³⁹⁸ Para Waluchow, a veces la distancia puede ayudar a la objetividad. De hecho, el poder interpretar prácticas morales radicalmente distintas parece demostrar que no es necesariamente importante ser un participante de esas normas para poder interpretarlas.³⁹⁹

En síntesis, para Waluchow se puede y se debe distinguir entre (a) evaluaciones meta-teóricas y consideraciones morales; (b) observar valores —morales— relevantes y ofrecer una justificación moral; (c) intentar hacer una teoría lo mejor posible y hacer del objeto de la teoría lo mejor posible; y (d) querer evitar que parezca estúpido lo que hacen quienes se encuentran comprometidos en una práctica que es objeto de estudio y querer justificar moralmente lo que uno observa. Para nuestro autor, “una vez aclaradas estas distinciones, la posibilidad de una teoría «impura» y descriptiva-explicativa claramente emerge como una alternativa posible y deseable a las racionalizaciones moralmente comprometidas representadas por las concepciones dworkinianas del derecho”.⁴⁰⁰

B. *Argumentos en defensa de la tesis de la compatibilidad*

A partir de esta propuesta metodológica, Waluchow trata de incorporar algunas observaciones realizadas por Dworkin al positivismo jurídico hartiano sin abandonarlo. En esto consiste su tesis de la compatibilidad.⁴⁰¹

³⁹⁷ *Ibidem*, p. 25.

³⁹⁸ *Ibidem*, p. 27.

³⁹⁹ *Ibidem*, p. 29.

⁴⁰⁰ *Ibidem*, p. 30.

⁴⁰¹ *Cfr.* Waluchow, W., “Herculean Positivism”, *cit.*, nota 376, p. 187.

a. El argumento de la validez

El primer argumento ofrecido por Dworkin contra la tesis de la compatibilidad es el argumento de la validez. Waluchow sintetiza este argumento del siguiente modo: (1) Para el positivismo jurídico el derecho es un estándar diferente de otros estándares no jurídicos, en virtud de un test de validez jurídica. (2) Para Hart, este test es la regla de reconocimiento. (3) Por esto, para Hart todo derecho es derecho válido. (4) El concepto de validez es un concepto del tipo todo/nada, propio de las reglas pero incompatible con la dimensión de peso de los principios. (5) Así, las reglas pueden ser jurídicas. (6) Sin embargo, los principios de moral política no pueden ser válidos, por tener peso. (7) Por esto, los principios no pueden satisfacer el criterio de validez establecido en una regla de reconocimiento. (8) Específicamente, los principios no pueden contar como derecho válido. (9) Para los positivistas, los principios se sitúan fuera del derecho, como estándares extrajurídicos, a los que apelan los jueces cuando ejercen sus facultades discrecionales. Los principios, para los positivistas, no sirven para establecer la preexistencia o el contenido de una norma válida. (10) Conclusión: el positivismo jurídico es incompatible con la idea de que los principios morales sirven para identificar la existencia y el contenido de normas preexistentes. Por esto el positivismo jurídico debe ser abandonado.⁴⁰²

Waluchow considera que el argumento de la validez es acertado sí: (a) los principios necesariamente tienen peso; (b) las reglas necesariamente no tienen peso; y (c) la validez jurídica y el peso son propiedades lógicamente inconsistentes.⁴⁰³ Si bien (a) y (b) pueden ser desafiados —de hecho, muchos autores se ocupan de esta cuestión—, Waluchow se concentra en (c), debido a que el argumento de la validez depende de la corrección de (c).

Para explicar la noción de validez, Waluchow observa que para que una norma sea válida en un sistema jurídico, esta norma debe: (1) Cumplir con ciertos requisitos para formar parte de ese sistema jurídico —requisitos que se encuentran en la regla de reconocimiento de ese sistema jurídico—. Además, (2) la validez de una norma depende de las consideraciones que surgen de normas secundarias de adjudicación aceptadas dentro de ese sistema jurídico. Por esto, algunas veces

⁴⁰² Cfr. ILP, pp. 168 y 169.

⁴⁰³ *Ibidem*, p. 170.

una norma debe ser aplicada contra lo que desearía el juez, y otras veces esa norma debe ser superada por otras o incluso modificada. Así, no hay razones para pensar que las normas de adjudicación de un sistema jurídico no puedan especificar condiciones bajo las que las normas no deban ser seguidas.⁴⁰⁴

De esta forma, para Waluchow que una norma sea válida en un sistema jurídico no necesariamente implica que esa norma deba ser seguida en todos los casos en que puede aplicarse. “Su fuerza institucional es lógicamente independiente de su validez”.⁴⁰⁵ Por esto, otros factores —como pueden ser el origen de la norma o su peso— además de la validez jurídica deben ser considerados para determinar la contribución de una norma en la toma de una decisión jurídica.⁴⁰⁶

Del desarrollo de esta respuesta al argumento de la validez, Waluchow obtiene tres conclusiones. La primera sugiere que la validez y la fuerza institucional son propiedades diferentes. De hecho, advierte que una norma puede carecer de fuerza institucional o su fuerza institucional puede ser superada por otro estándar y, por ello, no necesariamente deja de ser válida. Con esta afirmación intenta mostrar que validez y peso no son propiedades incompatibles. La segunda sostiene que un estándar —por ejemplo, un principio— puede tener peso o ser superado por otro sin que por esto haya que afirmar que no puede satisfacer los tests de validez contenidos en una regla de reconocimiento. En definitiva, Waluchow concluye que resulta falaz argumentar que el positivismo jurídico excluye los criterios morales para determinar la validez jurídica de una norma, porque estos criterios deben ser sopesados antes de causar efectos en una decisión jurídica y el peso es lógicamente inconsistente con la cualidad propia de la validez jurídica que es a todo o nada. En síntesis, para Waluchow, el argumento de la validez no sirve para descalificar al ILP.⁴⁰⁷

404 *Idem*, p. 170.

405 *Ibidem*, p. 172.

406 Waluchow observa que no siempre que una norma de adjudicación establezca que ante el conflicto entre dos normas una de ellas prevalece, debe la otra resultar inválida. Con esta finalidad, propone un ejemplo que surge de la doctrina canadiense. En Canadá la doctrina ha elaborado una regla sobre la superioridad de las leyes federales sobre las regionales, en el caso de que las mismas entren en conflicto. Sin embargo, en estos casos, las normas regionales son inoperativas sólo para esa cuestión. Es decir, estas leyes siguen siendo normas válidas y mantienen su fuerza institucional. *Cfr.* ILP, p. 171.

407 *Ibidem*, p. 174.

b. El argumento del pedigrí

Con este argumento Dworkin arremete contra la idea de que no hay nada en las nociones de validez y peso que lógicamente excluya a los principios de estar dentro del test de validez de un sistema jurídico. Waluchow sintetiza el argumento de Dworkin del siguiente modo: (1) Hart sostiene una concepción jurídica según la cual el derecho está formado por normas que pueden ser identificadas y distinguidas por un test que no tiene que ver con el contenido de la norma sino con su pedigrí. Este test permite distinguir entre las normas jurídicas y el resto de normas sociales que no son jurídicas. (2) Un principio, por más que sea un principio jurídico, es aplicado en un caso sólo si es un principio de moral política que figura en la mejor teoría interpretativa constructiva herculeana del derecho establecido. (3) Determinar cuál es la mejor teoría lleva al jurista muy dentro de la teoría política y moral, lo que supera la cuestión de los tests de pedigrí, para decidir cuál es la mejor justificación. (4) Por esto, los principios jurídicos no pueden satisfacer el contenido neutral —basado en el origen— que exige el test de pedigrí de la regla de reconocimiento positivista. (5) Así, según el positivismo jurídico, los principios no pueden ser parte del derecho válido. (6) El positivismo es incompatible con la existencia y la naturaleza de los principios jurídicos. (7) Por todo esto, un positivismo incluyente, que intenta ser una versión del positivismo jurídico, es incoherente.⁴⁰⁸

Descrito este argumento de Dworkin, Waluchow se pregunta por qué el positivismo jurídico está necesariamente limitado a un test de pedigrí puro para determinar la validez del derecho. Al respecto considera que Dworkin confunde al positivismo jurídico con el positivismo de Raz. Llega a esta conclusión apoyándose en la terminología raziana que utiliza Dworkin para describir el positivismo. Sin embargo, para Waluchow, tanto Hart como Bentham y Austin rechazan la afirmación de que el positivismo jurídico esté restringido a criterios de validez jurídica de contenido neutral o de tipo pedigrí. El profesor canadiense fundamenta esta afirmación citando algunos pasajes en los que estos tres autores parecen admitir la posibilidad de una incorporación explícita de principios morales en la regla de reconocimiento de un sistema jurídico. Waluchow reconoce que otras cuestiones además del pedigrí son normalmente —aun-

⁴⁰⁸ *Ibidem*, pp. 174 y 175.

que no necesariamente— relevantes para determinar la validez jurídica de una norma. Por esto, concluye que el argumento del pedigrí falla debido a la falsedad de su primera premisa, reconciliando de esta forma el positivismo jurídico con su versión incluyente.⁴⁰⁹

Waluchow concluye el análisis de esta cuestión preguntándose la razón por la cual un autor como Dworkin restringe el concepto de validez jurídica positivista a criterios de contenido neutral o de tipo pedigrí. Su respuesta esboza tres posibilidades. La primera afirma que positivistas como Hart han utilizado test de contenido neutral como ejemplos de criterios de validez jurídica. La segunda explicación posible surge de la ambigüedad del término “validez”, que puede ser utilizado en sentido lógico deductivo para denotar una propiedad formal, o como una propiedad de contenido-neutral. La tercera explicación posible deriva del hecho de que algunos positivistas suscriben la versión restringida del concepto de validez, relacionada con test de tipo pedigrí. El ejemplo más claro de esto último en la actualidad sería Raz.⁴¹⁰

c. El argumento sobre la función del derecho

Otra posible explicación para comprender la confusión en la que cae Dworkin al caracterizar el positivismo jurídico puede estar relacionada con su visión acerca de la función que tiene el derecho para los positivistas. Waluchow sintetiza el argumento de la función del derecho del siguiente modo: (1) Dworkin afirma que los positivistas conciben al derecho como una institución pública que tiene como una de sus funciones primarias proporcionar estándares públicos y seguros para guiar la conducta de personas y jueces. (2) Hart sostiene que esto se cumple con la incorporación de una regla de reconocimiento. Para Hart, la incorporación de reglas secundarias de este tipo en un sistema jurídico marca la diferencia entre sociedades prejurídicas y sociedades de derecho, salvando el defecto de la incertidumbre latente en toda sociedad prejurídica. (3) Para que se pueda cumplir esta función del derecho se deben dar las siguientes circunstancias. (4) El test de juridicidad deber ser de tal modo que sea fácilmente determinable si una norma lo satisface. (5) Debe ser fácil determinar qué norma válida ha de aplicarse en cada caso. (6) Debe ser fácil

⁴⁰⁹ *Ibidem*, pp. 176 y 177.

⁴¹⁰ *Ibidem*, pp. 181 y 182.

determinar qué es lo que requiere una norma particular en un caso particular. (7) Conforme al punto 4 de esta explicación, los positivistas deben rechazar la posibilidad de incorporar criterios morales para determinar la validez jurídica de las normas, para que la finalidad del derecho pueda ser alcanzada. (8) Conforme a los puntos 5 y 6 de esta explicación, el positivismo jurídico debe excluir a los principios como posibles candidatos a ser derecho válido, ya que estos no ofrecen respuestas claras que deban ser aceptadas, sino que deben ser sopesados antes de ser aplicados. (9) La regla de reconocimiento que incorpora test morales de validez jurídica —como propone el ILP— introduce indeterminación en el derecho. (10) Las visiones positivistas que tienen en cuenta la función del derecho recientemente analizada excluyen el ILP como una forma posible de positivismo jurídico.⁴¹¹

Para Waluchow, este argumento exagera la necesidad de certeza y determinación que los positivistas asignan al derecho. De hecho, Hart y otros positivistas argumentan expresamente que el derecho debe enmarcarse en términos flexibles y poseer cierta textura abierta para evitar resultados repugnantes o absurdos en casos no previstos.⁴¹²

Una segunda objeción contra el argumento sobre la función del derecho critica el falso contraste —en el que este argumento descansa— entre la certeza obtenida por las normas cuya validez sólo es una cuestión de pedigrí y las normas cuya validez depende de su contenido. Para Waluchow, las normas de pedigrí también son controvertidas, sea por su interpretación, o por el modo en que deben ser aplicadas. Incluso pueden entrar en conflicto con otras normas o presentar ambigüedades. Además, en algunos casos las cuestiones de moral política admiten respuestas sencillas en las que están de acuerdo todos los miembros razonables de una comunidad.⁴¹³

Otra objeción contra este argumento apunta a que se exagera el grado de incertidumbre que se introduce en el derecho si se incluyen en la regla de reconocimiento criterios morales de validez jurídica. Si la validez jurídica siempre dependiera de cuestiones morales controvertidas, el resultado sería la incertidumbre, la inestabilidad y quizá el caos social. Por ejemplo, si una sociedad estableciese en su regla de reconocimiento sim-

411 *Ibidem*, pp. 182-184.

412 *Ibidem*, p. 184.

413 *Ibidem*, pp. 184 y 185.

plemente que todas las disputas deben ser resueltas conforme a lo que requiera la justicia, se puede estar de acuerdo con Dworkin y pensar que esta regla de reconocimiento no introduce determinación alguna y no es propia de los sistemas jurídicos modernos. “Pero es claro que el positivismo incluyente no está comprometido de ningún modo con una regla de reconocimiento tan profundamente indeterminada”⁴¹⁴

La cuarta y última objeción al argumento sobre la función del derecho sostiene que Dworkin yerra al distinguir entre lo que sería deseable para un sistema jurídico y lo que es esencial para la existencia del mismo. Esta distinción está relacionada con el contraste entre adscripciones “valorativas-morales” sobre la función del derecho y adscripciones “descriptivas”. Con esta distinción se busca diferenciar entre los juicios valorativos “meta-teóricos” y los juicios valorativos morales, distinción que ya ha sido expuesta. Así, para Waluchow lo deseable no necesariamente se refiere a lo moralmente deseable, porque las cosas pueden ser deseables por muchas razones y sólo algunas de éstas son morales.⁴¹⁵

Desde esta perspectiva, los positivistas pueden considerar que la estabilidad y la capacidad de ser determinado son criterios por los que un sistema jurídico puede ser evaluado, pero en ningún modo estos criterios forman una característica esencial del derecho. Para Waluchow, si los positivistas considerasen que la estabilidad es una característica esencial del derecho, serían incapaces de distinguir el derecho que es del que debe ser. En síntesis, para nuestro autor, el argumento dworkiniano sobre la función del derecho debe ser rechazado con base en la familiar fórmula de que la existencia del derecho es una cosa y su mérito o demérito otra. Por lo tanto, “la teoría descriptiva-explicativa del derecho no debe ser transformada, contra su voluntad, en una teoría normativa del derecho sobre lo que es deseable tener en los sistemas jurídicos”.⁴¹⁶

d. El argumento de la discrecionalidad

El argumento sobre la discrecionalidad ofrecido por Dworkin contra Hart y el ILP plantea principalmente dos cuestiones. Con respecto a la primera cuestión, Dworkin ha sostenido que resulta evidente que los jue-

⁴¹⁴ *Ibidem*, p. 185.

⁴¹⁵ *Ibidem*, pp. 188 y 189.

⁴¹⁶ *Ibidem*, p. 190.

ces anglo-americanos no tienen discrecionalidad en sentido fuerte. Para fundamentar esta posición se basa en la idea de que los jueces creen que nunca han decidido un caso al margen del control autoritativo del derecho.⁴¹⁷ Contra esta argumentación, Waluchow presenta dos objeciones. La primera, apunta a que está muy lejos de ser evidente que los jueces anglo-americanos consideren que nunca han decidido casos jurídicos más allá de los límites del control autoritativo. A fin de defender esta última afirmación, Waluchow cita autoridades judiciales como Holmes, Radcliffe, Macmillan y Cardozo que, a su juicio, la respaldan.⁴¹⁸ La segunda objeción comienza distinguiendo entre *tener* discrecionalidad y *ejercerla*. A partir de esta distinción, se sostiene que aunque sea verdad que los jueces creen que nunca *tienen* discrecionalidad, esta afirmación ofrece una base pequeña para sostener que los jueces de hecho no deciden algunos casos con discrecionalidad fuerte. Para Waluchow, los jueces pueden equivocarse sobre este punto. “La verdad de una proposición no se sigue, como en las reglas, del hecho de que sea ampliamente aceptada”.⁴¹⁹ Por esto, la cuestión de si los jueces deciden algunos casos con discrecionalidad fuerte no depende de lo que los jueces piensen o creen sobre esa cuestión. Así, la cuestión relativa a la discrecionalidad fuerte del juez debe ser resuelta por el filósofo —que tiene en cuenta aspectos como la inevitable textura abierta del lenguaje, las lagunas del derecho, etcétera.— y no por el juez.⁴²⁰ Además, al analizar la cuestión de si los jueces *ejercen* la discrecionalidad fuerte, se observa que en muchos casos los jueces consideran que el derecho no logra controlar las decisiones judiciales. Esto, a juicio de Waluchow, garantiza que la discrecionalidad judicial fuerte exista en los sistemas jurídicos anglo-americanos, incluso si existe una única respuesta correcta para cada caso difícil.

417 Waluchow busca aclarar el concepto de discrecionalidad en sentido fuerte en el que se basa la crítica dworkiniana al positivismo jurídico. Para este autor, Dworkin sostiene que una persona no tiene discrecionalidad solamente cuando está obligada por estándares dictados por la autoridad y esos estándares se proponen controlar su decisión. Waluchow considera que esta definición del concepto de discrecionalidad es incorrecta y que Dworkin falla al defenderla. *Cfr. ibidem*, pp. 192-213.

418 *Ibidem*, p. 214.

419 *Idem*.

420 Waluchow reconoce que si Dworkin tuviese razón en que el debate sobre la discrecionalidad fuerte es una cuestión sobre lo que las reglas del derecho piden a los jueces que asuman, entonces el testimonio de los jueces sería relevante, por tratarse de una cuestión fáctica y no filosófica. De hecho, para Waluchow, esto puede explicar la equivocada importancia que Dworkin le da al testimonio de los jueces. *Cfr. ibidem*, p. 215.

Por otra parte, Waluchow sostiene que si Dworkin transforma su visión sobre la discrecionalidad judicial fuerte en una recomendación totalmente normativa, debería afirmar que por más que los jueces estén tentados de decidir discrecionalmente algunos casos difíciles, éstos deben hacer un esfuerzo para encontrar la respuesta correcta predeterminada por medio de una interpretación constructiva del derecho establecido. Sin embargo, Waluchow sostiene que el problema de esta sugerencia es que el juez debe realizar juicios muy complejos sobre moral política e historia institucional que muchas veces son inconsistentes o equívocos. Por esto, es probable que en algunos casos los jueces deban admitir que no logran encontrar una única respuesta. No obstante, con esto Waluchow no pretende afirmar que en esos casos el juez no recurra a este tipo de argumentaciones, sino que la búsqueda que hace el juez dentro de este tipo de argumentaciones no pretende obtener la única respuesta correcta, predeterminada por el derecho establecido. Por el contrario, en esos casos lo que se pretende es lograr una respuesta razonable, es decir, hallar un modo defendible de ejercer la discrecionalidad fuerte.⁴²¹

Con respecto a la segunda cuestión, Dworkin ataca al ILP diciendo que no es coherente, ya que, en teoría, todas las apelaciones a la moral deben ser discrecionales. La pregunta que se hace Waluchow es la siguiente: ¿por qué un positivista debe pensar que apelar a principios morales es lo mismo que decidir discrecionalmente?⁴²² Para nuestro autor existen varias respuestas posibles. La primera implica aceptar el argumento del pedigrí y sus premisas, que hacen incompatible la incorporación de criterios morales al derecho con el positivismo jurídico. Esta interpretación del positivismo considera que toda apelación a la moral es creación de nuevo derecho, es decir, ejercicio de discrecionalidad fuerte.

La segunda respuesta proviene de quienes consideran que el positivismo necesariamente rechaza la objetividad de todos los valores morales. Así, toda búsqueda de respuestas jurídicas que apela a estándares morales es necesariamente discrecional. Waluchow afirma, junto con Hart, que no hay una vinculación necesaria entre el positivismo y la negación de la objetividad moral, aunque estas dos ideas tampoco son incompatibles.⁴²³

⁴²¹ *Ibidem*, pp. 217-219.

⁴²² *Ibidem*, p. 219.

⁴²³ *Ibidem*, p. 220.

Una tercera opción sugiere que los positivistas suscriben una teoría de la adjudicación según la cual los casos jurídicos pueden ser divididos en dos grupos: (1) los fáciles, donde la única respuesta correcta es sencilla, clara y no controvertida; y (2) todos los demás, para los que es necesario apelar a la discrecionalidad fuerte, ya que el derecho no ofrece soluciones para los mismos. Contra esta argumentación, se puede objetar que no existe una vinculación necesaria entre positivismo y una tesis de la adjudicación en particular. Para Waluchow, la única explicación posible de esta confusión deriva del argumento sobre la función del derecho elaborado por Dworkin contra el positivismo jurídico. Si bien nada en el positivismo jurídico parece vincularlo necesariamente con esta tesis de la adjudicación, Waluchow reconoce que es comprensible que se realice este tipo de vinculaciones, debido a que estas tesis de la adjudicación se derivan de la propuesta de Hart, concretamente de la división que el autor inglés propone entre casos “centrales” (*core*) y zonas de “penumbra”. Los casos centrales serían los casos sencillos, claros y los casos en zona de penumbra serían los casos controvertidos, para los cuales resulta necesario apelar a la discrecionalidad.⁴²⁴

De lo hasta aquí expuesto Waluchow concluye que salvo que se piense que no existen respuestas para las preguntas morales —como se ha observado, no hay nada en el positivismo que lo vincule necesariamente con esta visión—, no hay nada que sugiera que siempre que se apela a tests morales el ejercicio de la discrecionalidad fuerte es inevitable, ni que la aplicación de principios morales no pueda ser parte del mecanismo de búsqueda de la existencia y el contenido del derecho válido, ni que el ILP sea incoherente. Quizás el ejercicio de la discrecionalidad fuerte puede ser, a veces, requerido cuando los tests morales están en juego. Sin embargo, este hecho no aporta razón alguna para suponer que siempre que se apele a argumentos morales será necesaria la creación de nuevo derecho.⁴²⁵

C. *La teoría de la adjudicación de Waluchow*

El ILP sugiere que los principios morales pueden servir de base para la determinación del derecho. Para esta versión del positivismo, que la

⁴²⁴ *Ibidem*, p. 223.

⁴²⁵ *Ibidem*, p. 226.

moral cumpla este papel depende únicamente de que una comunidad se lo haya otorgado. Si esto es así, Waluchow se pregunta si nuestra práctica jurídica debe asignar este papel a la moral, o si más bien nuestra práctica jurídica ha de separar la existencia y el contenido del derecho de toda valoración. Al respecto, pretende “defender una teoría completamente normativa en cuanto a cómo debe ser nuestra práctica jurídica con respecto a la aplicación e interpretación de las normas jurídicas”.⁴²⁶ Se trata de una teoría sobre qué estándares morales pueden figurar de algún modo en la determinación del derecho y el impacto que estos estándares morales tienen sobre los derechos jurídicos y las responsabilidades de los litigantes.

A fin de cumplir con este objetivo, Waluchow usa la teoría normativa y descriptiva-explicativa de Hart sobre la adjudicación como punto de partida para su propuesta. A raíz de esta cuestión, Waluchow observa que en este tema el pensamiento de Hart parece cambiar a lo largo de los años. Sin embargo, Waluchow reconoce que algunas características del último Hart pueden ser encontradas en sus primeros trabajos, por lo cual, admite que quizá lo que cambia es solamente la interpretación más generalizada de la obra de Hart, por una nueva interpretación de su teoría.⁴²⁷ A su juicio, el joven Hart —o la interpretación más generalizada de su teoría— sostiene que la teoría formalista de la adjudicación es obviamente falsa. Su mayor defecto es la falta de apreciación de lo necesario y deseable que resulta la discrecionalidad judicial para algunos casos de adjudicación jurídica.

El argumento que defiende la necesidad de la discrecionalidad judicial (*the necessity argument*) se basa en la idea de que el lenguaje por el cual normalmente se comunican los estándares jurídicos posee una “textura abierta”. Como ha sido observado anteriormente, el lenguaje ofrece casos claros y zonas de penumbra en su significado. Para Hart, la elección que el juez hace sobre cuestiones que se encuentran en zonas de penumbra es realizada con discrecionalidad fuerte. Este argumento a favor de la discrecionalidad judicial fue criticado por Dworkin al afirmar que Hart no distingue la incertidumbre —una propiedad epistémica— de la indeterminación —una propiedad lógica—. A partir de esta aclaración, se puede concluir que la incertidumbre no implica la indeterminación, ni la

⁴²⁶ *Ibidem*, p. 233.

⁴²⁷ *Ibidem*, pp. 233 y 234.

necesidad de la discrecionalidad fuerte; sólo implica un juicio, es decir, el uso de la discrecionalidad débil.⁴²⁸

Waluchow considera que la discrecionalidad judicial es necesaria en todo sistema jurídico. Sin embargo, la simple apelación a la tesis semántica de Hart sobre la textura abierta es claramente insuficiente para demostrar que esto es así. Para Waluchow, el significado evidente (*plain*) de los términos usados para expresar un estándar jurídico no es el único factor que puede ser pensado para determinar su sentido. A su juicio, la conexión entre el significado evidente de los términos de una norma y el significado, contenido o el alcance de esa norma depende de interpretaciones secundarias aceptadas por los jueces del sistema. Todo esto significa que existen alternativas sobre cómo determinar el sentido y los efectos de nuestras normas jurídicas.⁴²⁹ No obstante esto, Waluchow reconoce que sin importar lo que el trasfondo (*background*) interpretativo aporte a un sistema jurídico particular, la indeterminación seguramente volverá a aparecer. Basta con observar cómo la finalidad o la intención de una norma jurídica, los elementos más usados para determinar su sentido, entran normalmente en conflicto. Si esto es así, se abre un espacio para la libre elección judicial entre alternativas lógicas.⁴³⁰

Otro argumento por el cual Hart defiende la discrecionalidad judicial se basa en su conveniencia para los sistemas jurídicos (*the desirability argument*). En esta oportunidad, Hart sostiene que los creadores del derecho no pueden anticiparse a todos los casos, pero sí a ciertos casos sencillos. Debido a que existen casos no previstos por el creador del derecho, la discrecionalidad judicial y la textura abierta son convenientes para el derecho. Contra este argumento se objeta que la solución al problema de que los legisladores no puedan anticiparse a todos los casos de-

428 *Ibidem*, pp. 236-238. Más detalles sobre el problema de la indeterminación en el derecho en Dworkin, R., "Indeterminacy and Law", en Guest, S. (ed.), *Positivism Today*, Gran Bretaña, Dartmouth, 1996, pp. 1-9; y Guastini, R., "Hart su indeterminazione, incompletezza, e discrezionalità giudiziale", *Ragion Pratica*, 21, 2003, pp. 395-403.

429 Para aclarar esta idea, Waluchow observa cómo la comunicación implica un rango de creencias y valores. Es decir, comunicarse supone que los interlocutores compartan ciertas creencias y valores, y que interpreten lo que se diga a la luz de estos elementos compartidos o comunes. Las normas jurídicas tienen esta misma característica, su sentido depende en parte de esas creencias y valoraciones compartidas, algunas de las cuales encuentran su expresión en los principios. *Cfr. LLP*, p. 245.

430 *Ibidem*, p. 250.

be ser resuelta por órganos más representativos. Esto, a juicio de Waluchow, es inviable en la práctica.⁴³¹

Una vez presentado el argumento de Hart para defender la discrecionalidad judicial, nuestro autor opina al respecto. Así, observa cómo las premisas de las que parte este argumento de Hart no necesitan llegar hasta las consecuencias que este autor les concede. Hart ha argumentado, contra los formalistas, que para no tener que comprometernos con resultados irrazonables o absurdos en casos no previstos por los legisladores, es mejor utilizar términos con textura abierta cuando se construyen las normas jurídicas. Esto les da un espacio a los jueces para que puedan maniobrar cuando aplican las normas jurídicas. Esta estrategia puede hacer que la norma pierda certeza o sea menos predecible, pero este es un precio que es necesario pagar. Waluchow considera que si la posible aparición de resultados no deseados es una razón suficiente para preservar la penumbra, por qué no habría de serlo también para seguir una práctica interpretativa que considere no aplicable una norma cuando el significado evidente de sus términos lleva a resultados manifiestamente absurdos o injustos. A su juicio, no tiene sentido defender la necesidad de la penumbra para evitar los resultados absurdos cuando pueden ser eliminados tanto la penumbra como los resultados no deseados. De esta manera, nuestro autor sugiere extender el razonamiento del argumento de la conveniencia para los casos en los que el significado evidente del derecho es reconocible (*plain-meaning-cases*). En concreto, se pregunta si este razonamiento no puede ser extendido para casos como *Riggs*. Waluchow piensa que, para el joven Hart, esto no sería posible. No obstante, se propone demostrar que no hay argumentos para limitar la expansión de la tesis de la conveniencia a los “*plain-meaning-cases*”.⁴³²

Contra esta propuesta puede oponerse un argumento basado en la intención de los legisladores (*the intention argument*). Este argumento sostiene que puede haber casos sencillos en los que el significado del derecho es claro y, sin embargo, debido a los resultados absurdos o manifiestamente injustos que se derivan de su aplicación, el juez puede desear no aplicar este derecho o evitar estos resultados. No obstante, es correcto para los jueces de una democracia constitucional decidir de

431 *Ibidem*, pp. 250-252.

432 *Ibidem*, p. 253.

acuerdo con las intenciones de los legisladores elegidos cuando éstas son claras.

Waluchow sostiene que un argumento como éste: (1) se aplica únicamente al derecho codificado (continental) e ignora las reglas creadas por los tribunales; (2) se encuentra indefenso frente a las críticas que surgen contra las interpretaciones de tipo intencionalista; y (3) descansa en el falso presupuesto de que el significado más evidente de los términos usados para expresar una norma jurídica es un indicador de la intención del legislador, lo que no es necesariamente cierto. Por esto, para Waluchow, si los legisladores asumen que sus palabras serán interpretadas a la luz de valores, existen pocas razones para creer que tales legisladores quieren el resultado absurdo o manifiestamente injusto que una interpretación literal puede provocar.⁴³³

Finalmente, Waluchow examina dos argumentos más contra su intento de expandir el razonamiento del argumento de la conveniencia de la discrecionalidad judicial a los “*plain-meaning-cases*”. El primero de ellos (*the rule of law argument 1*) sugiere que permitir que las reglas no sean aplicadas en los “*plain-meaning-cases*” implica socavar el sentido del imperio del derecho. De hecho, esto implicaría incurrir en un realismo jurídico o en su variante moderna representada por los *Critical Legal Studies*, teorías escépticas sobre el papel que desempeñan las normas en las decisiones judiciales. El segundo de los argumentos contra la propuesta de Waluchow (*the rule of law argument 2*), afirma que hay “*plain-meaning-cases*”, como *Riggs*, en los que claramente los objetivos sociales deseables (*desirable social aims*) argumentan contra la no-aplicación de una norma. Pero hay objetivos o metas sociales más generales, como la certeza o la posibilidad de que el derecho sea predecible, que representan argumentos a favor de interpretar las reglas jurídicas como aplicando en todos los casos el derecho en su sentido evidente.⁴³⁴

Contra *The rule of law argument 1*, Waluchow sostiene que es falso el dilema planteado en la teoría del derecho, por el cual se debe elegir entre normas aplicables para todos y cada uno de los “*plain-meaning-case*”, o caer en una indeterminación radical del derecho. Para Waluchow existen opciones intermedias que refutan este argumento.⁴³⁵ Por otra parte, nues-

⁴³³ *Ibidem*, pp. 254-258.

⁴³⁴ *Ibidem*, pp. 259-268.

⁴³⁵ *Ibidem*, pp. 262 y 263.

tro autor considera que *The rule of law argument 2* exagera la extensión del acuerdo sobre los “significados evidentes” (*plain meanings*). Además, a su juicio *The rule of law argument 2* sobredimensiona el grado en que los sistemas jurídicos de hecho están comprometidos con una interpretación de sus normas de acuerdo con el significado evidente u ordinario de éstas. Por último, sugiere que este argumento exagera el grado de inestabilidad introducido cuando el alcance de una norma jurídica depende de otros factores que no son el significado literal o evidente de los términos utilizados en sus expresiones.⁴³⁶

Waluchow finaliza el desarrollo de su teoría de la adjudicación observando que Hart parece cambiar la noción de “textura abierta” por la de “indeterminación relativa”, admitiendo de algún modo un tipo de interpretación que tiene en cuenta el trasfondo interpretativo (*background*) de las normas jurídicas, en vez de ceñirse a una interpretación basada en el significado evidente de los términos utilizados por éstas.⁴³⁷

Waluchow ha buscado demostrar que la aplicación de las normas teniendo en cuenta únicamente el significado evidente de sus términos puede llevarnos a resultados manifiestamente absurdos o repugnantes. Estos resultados son problemáticos para el positivismo jurídico hartiano. Waluchow ha argumentado cómo pueden evitarse estos resultados no deseados con un costo mínimo y sin violar las premisas del positivismo hartiano. De esta forma, sintetiza las conclusiones de su propuesta en tres tesis: (1) No es necesariamente cierto que todos los casos en los que el derecho determina los resultados son “*plain-meaning-cases*”. (2) No es necesariamente cierto que en todos los “*plain-meaning-cases*” el derecho determina los resultados recomendados por el significado evidente de los términos de la norma. (3) No es necesariamente cierto que en todos los “*plain-meaning-cases*” el derecho está determinado. Estas conclusiones son consistentes con el ILP y “caracterizan la práctica jurídica que [a juicio de Waluchow] sería sabio perseguir”.⁴³⁸

⁴³⁶ *Ibidem*, pp. 259-268.

⁴³⁷ Waluchow reconoce en la n. 56 que no está seguro si Hart cambió de opinión, o si aclaró lo que realmente pensaba. *Cfr. ibidem*, p. 270.

⁴³⁸ *Ibidem*, p. 272.

*D. Teoría del derecho, teoría de la adjudicación
y teoría de la obediencia*

Waluchow propone con esta distinción observar que una cosa es pronunciarse sobre lo que es el derecho, otra diferente es hacerlo sobre cuáles son las obligaciones y responsabilidades de los ciudadanos con respecto al derecho, y una tercera, diferente a las anteriores, es referirse a las obligaciones y poderes adjudicativos de un juez con respecto al derecho. Para que esta afirmación sea correcta, es necesario que el derecho no sea siempre jurídicamente obligatorio o vinculante (*binding*) para los jueces. Es decir, que a veces la fuerza del derecho puede o debe ser jurídicamente superada por los jueces.⁴³⁹

La idea de que el derecho no sea siempre jurídicamente obligatorio para los jueces puede parecer paradójica. Por esto, Waluchow presenta un ejemplo que busca disipar cualquier duda. Para nuestro autor, basta con observar la familiar práctica de la revocación de precedentes indeseables o equivocados. Como puede observarse en esta práctica, cuando un tribunal intermedio dicta una sentencia, obliga —por las reglas de adjudicación— al juez inferior que decidirá en el futuro casos similares, a resolver siguiendo el precedente del tribunal superior. No obstante, puede darse la situación en que este mismo caso llegue hasta la última instancia jurisdiccional, la cual puede disentir del tribunal intermedio y decidir conforme a lo que considere mejor. Este ejemplo permite ilustrar lo que para Waluchow es una obvia pero importante verdad; que algunos jueces, a veces, tienen la facultad jurídica de cambiar el derecho que los vincula jurídicamente, y otros jueces no.⁴⁴⁰

A partir de la distinción anteriormente mencionada, puede decirse que: (1) la teoría del derecho es aquella que describe y explica la naturaleza del derecho y sus relaciones con la moral, las costumbres, la fuerza, etcétera; (2) la teoría de la obediencia considera la fuerza moral del derecho existente —normal o excepcional—, tanto para los ciudadanos como para los jueces; y (3) la teoría de la adjudicación es aquella que debate —entre otras cosas— las diferentes fuerzas institucionales que tienen

⁴³⁹ *Ibidem*, p. 33.

⁴⁴⁰ *Ibidem*, p. 35.

—o deben tener— los distintos tipos de normas para distintos jueces, en diferentes contextos.⁴⁴¹

Para Waluchow una teoría del derecho no busca justificar el derecho y su característico uso de la coerción, como lo intenta la concepción interpretativa dworkiniana. Más bien, una teoría del derecho debe ser descriptiva-explicativa, capaz de encontrarle una función a las premisas y a los elementos meta-teóricos y morales evaluativos, sin intentar justificar una práctica jurídica. Algo parecido se debe afirmar, a su juicio, sobre la teoría de la adjudicación. Una teoría de la adjudicación descriptiva-explicativa es aquella que busca iluminar o proveer entendimiento, sin necesidad de justificar lo que ilumina. La justificación juega un papel importante en una teoría normativa de la adjudicación. Las teorías sobre la obediencia al derecho son claramente normativas por naturaleza. Son teorías morales sobre las responsabilidades morales que genera el derecho y sobre el uso de la coerción para el caso en que el derecho sea desobedecido. Waluchow aclara expresamente que prefiere separar conceptualmente las cuestiones sobre la naturaleza del derecho de su teoría de la obediencia porque cree que esto es deseable e iluminador. Por esto, su principal trabajo sobre el ILP no trata esta última cuestión.⁴⁴²

Para este autor, uno de los problemas de la teoría jurídica dworkiniana es que no diferencia entre el derecho y su fuerza institucional, entre la teoría del derecho y la teoría de la adjudicación. Esto genera, a juicio de Waluchow, graves dificultades. Un ejemplo de dichos problemas se puede advertir cuando analizamos la concepción dworkiniana del derecho. Para Dworkin, el derecho es una trama coherente de derechos y responsabilidades morales que son el producto de la moral política y de la historia institucional; diferenciando a la moral política del trasfondo moral (*background*). Este último, en principio, parece formado por los derechos morales que los teóricos creen que el derecho debe proteger o expresar. Para Waluchow, en un sistema jurídico decente los dos esquemas de derechos —el de la moral política y el del trasfondo moral— parecen ser más o menos congruentes. Sin embargo, a veces, la moral política y el trasfondo moral son divergentes y la desobediencia puede ser buscada tanto por los ciudadanos como por los jueces. En estos casos, la mejor interpretación constructiva de la moral política, implícita en el sistema

441 *Ibidem*, p. 40.

442 *Ibidem*, pp. 41 y 42.

jurídico, provee un esquema de derechos que de hecho no justifican nada. Esto resulta evidentemente problemático para la concepción jurídica dworkiniana que busca justificar la coerción del Estado.⁴⁴³

Además, para Waluchow una teoría jurídica que identifica el derecho con todo lo que los jueces deben hacer cumplir en los tribunales genera algunos resultados paradójicos. Por ejemplo, si se considera que los derechos jurídicos deben ser reclamados contra los jueces —como si obligasen a estos funcionarios a tomar una determinada decisión— el derecho no cumpliría ninguna función en la vida de los ciudadanos, y surgirían problemas para concebir el derecho en relación con las facultades y responsabilidades adjudicativas de los jueces.⁴⁴⁴

Como puede observarse, la teoría de Dworkin parece negar la distinción entre los derechos jurídicos y los derechos jurídicos adjudicativos. Para Waluchow, esto tiene sus inconvenientes, debido a que la fuerza institucional del derecho puede variar de un tribunal a otro —por ejemplo, un tribunal superior puede tener la facultad de cambiar la decisión de un tribunal inferior—. Así, si no se acepta dicha distinción, el derecho de un ciudadano podría variar de un tribunal a otro. A su juicio, esta conclusión no parece reflejar nuestra comprensión de los derechos jurídicos. Además, esto genera otros problemas. Por ejemplo, la necesidad de aceptar que dos jueces con la misma jerarquía judicial, con la misma historia institucional, la misma Constitución, normas y precedentes, pueden tener diferentes esquemas de derechos jurídicos. Dworkin no cae en la cuenta de este problema, porque en su propuesta Hércules es un solo juez, de un solo tribunal. Waluchow analiza distintas interpretaciones que se pueden hacer de la teoría de Dworkin para evitar los problemas enunciados. Sin embargo, a su juicio, estas posibles soluciones también generan sus problemas. Por esto, concluye que una teoría jurídica que distingue cuidadosamente la teoría del derecho de la teoría de la adjudicación está lejos de caer en estas trampas.⁴⁴⁵

Por otra parte, Waluchow afirma que existen argumentos para creer que Dworkin confunde peligrosamente la teoría del derecho con la teoría de la obediencia. Para nuestro autor, esta confusión hace que la teoría dworkiniana deba enfrentarse con dificultades que fueron esgrimidas antes contra el iusnaturalismo. En concreto, por ejemplo con la pregunta acerca de la

443 *Ibidem*, pp. 42-46.

444 *Ibidem*, pp. 48 y 49.

445 *Ibidem*, p. 58.

juridicidad del derecho inicuo. Si bien Dworkin insiste en el hecho de que el derecho normalmente justifica la coerción, el derecho totalmente inicuo no parece otorgar justificación para la coerción estatal.⁴⁴⁶

Todos estos argumentos hacen que Waluchow prefiera separar las teorías del derecho, de la adjudicación y de la obediencia. Ello no significa que estas tres teorías no estén relacionadas entre sí. Es más, para este autor, la teoría del derecho normalmente tiene importantes conexiones con la teoría de la adjudicación. Para ejemplificar esta afirmación, se recurre a las tesis de Hart. Dentro de éstas, se observa cómo las tesis de la textura abierta del lenguaje y de la indeterminación de ciertas normas están relacionadas con la tesis de la inevitable discrecionalidad judicial para algunos casos. Si bien esto es cierto, Waluchow advierte que a veces se derivan algunas relaciones entre las teorías del derecho y las teorías de la adjudicación que, a su juicio, son falsas. Por ejemplo, para él, es un error común pensar que la teoría del derecho de Hart implica que las normas válidas deben ser aplicadas en todos los casos en que su significado evidente parezca hacerlas aplicables. Hart no afirma esta teoría de la adjudicación y esto no se deriva de su teoría del derecho. Si esto es así, dependerá de la teoría de la adjudicación de cada sistema jurídico.⁴⁴⁷

A modo de síntesis, Waluchow ha procurado distinguir entre la teoría del derecho —normativa o descriptiva—, la teoría de la adjudicación y la teoría de la obediencia; y entre el derecho y su fuerza institucional o moral. Al respecto, si bien es preciso reconocer “una importante conexión entre la teoría del derecho y la teoría de la adjudicación [...]... esta conexión no implica la identificación de ambas”.⁴⁴⁸ Además, sostiene que existen problemas que aquejan a la concepción jurídica dworkiniana, por no seguir esta recomendación. Tales problemas ponen en juicio la viabilidad de la teoría de la integridad dworkiniana. Para finalizar, Waluchow propone una teoría del derecho basada en las teorías positivistas de Raz y Hart, de acuerdo con las cuales el derecho se comprende mejor si se lo concibe como un subgrupo de normas identificadas por una regla de reconocimiento que tienen un cierto grado de fuerza institucional para todos los jueces de su jurisdicción. “Esta propuesta busca acomodar la intuición dworkiniana de que la identificación del derecho es en cierta

446 *Ibidem*, pp.58-64.

447 *Ibidem*, pp. 64-66.

448 *Ibidem*, p. 73.

medida dependiente de las obligaciones de los jueces, respetando la importante distinción entre el derecho y su fuerza institucional y moral”.⁴⁴⁹

2. *Defensas contra los ataques del exclusive legal positivism*

Uno de los principales opositores a la propuesta incluyente surge de las mismas líneas que el ILP busca defender. Una parte del positivismo jurídico o, por lo menos, algunos autores positivistas, afirman que la solución que el ILP propone para superar los desafíos impuestos por Dworkin resulta incorrecta.

De esta forma, el ILP de Waluchow no sólo debe enfrentarse contra Dworkin, sino contra la versión del positivismo jurídico que rechaza toda posibilidad de incorporar valoraciones morales al derecho.

A continuación, serán desarrolladas las críticas que Waluchow observa contra el ILP que provienen de otras versiones del positivismo jurídico y las defensas o respuestas que este autor esgrime frente a estas críticas.

A. *Los argumentos de Hart*

Antes de proseguir resulta necesario hacer una breve aclaración y explicar por qué si bien Hart se considera a sí mismo un autor incluyente y su *soft positivism* ha sido considerado en este trabajo una de las principales versiones del ILP, Waluchow presenta dos argumentos del profesor inglés que servirían para atacar al ILP desde una versión excluyente del positivismo jurídico. Hart no aclaró su posición sobre la posibilidad de que se incorporen valores morales en la regla de reconocimiento hasta sus últimos años. Por esto, de la obra de Hart pueden obtenerse tanto ar-

449 *Ibidem*, p. 79. Para Soper, la separación que propone Waluchow entre la teoría del derecho, la teoría de la adjudicación y la teoría de la obligación, y la tesis de que el derecho depende de hechos que pueden hacer que dependa también de estándares morales, además de diferenciar su propuesta de la de Dworkin, impide que la teoría de Waluchow incorpore las afirmaciones normativas formuladas por el derecho. Esto implica que la teoría de Waluchow omite el esfuerzo que Hart y Raz hacen para explicar esta cuestión sin recurrir a la idea de fuerza coercitiva. Por todo esto, Soper afirma que la teoría de Waluchow es bienvenida en el debate sobre las modernas teorías positivistas, pero también sirve como un recordatorio sutil y no intencionado de los límites de las Teorías del derecho de pedigri. Soper, P., “Searching for Positivism”, *Michigan Law Review*, 94, 1996, 1753-1757.

gumentos que defienden el ILP como argumentos que lo atacan. De hecho, en buena medida el debate ILP/ELP gira en torno a la cuestión de si el positivismo jurídico —hartiano— puede admitir coherentemente que los sistemas jurídicos incorporen valores en sus reglas de reconocimiento como un elemento más que sirva para el reconocimiento del derecho preexistente. Es decir, si el positivismo jurídico puede admitir la incorporación de valores morales en los ordenamientos jurídicos sin rechazar los caracteres que lo distinguen.

Como ha sido adelantado, Hart no argumenta en contra del ILP. No obstante, algunos de sus argumentos en contra de posiciones iusnaturalistas y por medio de los cuales defendía su versión del positivismo jurídico pueden ser extendidos a las versiones incluyentes del positivismo jurídico. Por esta razón, Waluchow analiza esta posibilidad y responde a la versión extendida de estos argumentos.

Antes de analizar estos argumentos, Waluchow nos introduce en el debate entre Hart y algunos autores iusnaturalistas. Recuerda Waluchow que Hart está de acuerdo con el iusnaturalismo en la existencia de una conexión más que contingente entre ciertos aspectos del derecho y la moral; por ejemplo, en lo que se refiere a la inclusión de formas mínimas de protección para las personas, la propiedad y los compromisos. No obstante, para el profesor inglés es imposible ir más allá de este mínimo entrecruzamiento entre los contenidos del derecho y la moral, debido a que los objetivos y las circunstancias humanas son muy variables.

Waluchow observa cómo Hart rechaza las teorías sustantivas sobre el bien y concluye, por esto, que las teorías iusnaturalistas descansan en afirmaciones equivocadas sobre los fines naturales y los objetivos comunes de las personas. También observa cómo para Hart la afirmación de San Agustín que sugiere que una ley injusta no es derecho es errónea. De hecho, advierte que Hart piensa que con la fórmula agustiniana se pierde tanto claridad intelectual para el estudio teórico y científico del derecho como claridad para la valoración práctica moral de éste.⁴⁵⁰

a. El argumento causal/moral de Bentham y Hart

Hart coincide con Bentham en considerar que la afirmación iusnaturalista de que la ley injusta no es derecho resulta peligrosa. Para Bentham,

⁴⁵⁰ *Cfr.* ILP, pp. 84-86.

un pensamiento como el iusnaturalista, según el cual una ley injusta no es derecho, permite reacciones anarquistas. Por otra parte, tanto para Bentham como para Hart el iusnaturalismo genera posiciones reaccionarias que impiden la crítica moral al derecho desde su origen. Waluchow observa que este argumento moral a favor del positivismo jurídico puede ser empleado, con las debidas modificaciones, para rechazar teorías como el ILP en favor de otras, como el ELP.

El argumento modificado observa que si el ILP acepta que la moral y el derecho puedan estar relacionados —y que de hecho están relacionados— inevitablemente se pensará que es probable que estén relacionados o quizás que deben estarlo. Esto puede generar actitudes anarquistas o reaccionarias, y la única solución para este problema consistiría en resaltar que la validez moral y la validez jurídica son conceptualmente independientes y que es imposible que la moral sirva como una condición para la validez jurídica.⁴⁵¹

Waluchow considera que este argumento, tanto en su versión original como en la versión modificada, puede ser cuestionado de dos formas. La primera consiste en advertir que este tipo de argumentación rechaza una teoría sólo porque su aceptación es vista como moralmente o políticamente “peligrosa”. Para Waluchow, la verdad de una proposición y sus consecuencias prácticas son, en general, dos cuestiones enteramente diferentes. Por esto, a su juicio, el argumento de Bentham y Hart sólo podría ser aceptable si estuviera diseñado para desafiar una teoría —normativa— que busque proveer guías para el obrar o reglas para la toma de decisiones utilizables en la vida diaria.⁴⁵²

La segunda forma de cuestionar el argumento de Bentham y Hart consiste en poner en duda la premisa relacionada con la conexión causal que se postula. ¿Por qué debe creerse que aceptar las posibles conexiones entre derecho y moral conduce a los extremos de la anarquía y de las posiciones reaccionarias? El argumento causal/moral de Hart y Bentham es inválido, se basa en la premisa falsa de que el ILP —al igual que el iusnaturalismo— puede ser la causa de efectos como el anarquismo y las actitudes reaccionarias. Para Waluchow, entre un sistema jurídico con garantías para los ciudadanos —fundadas en valores morales—, públicamente conocidas, y un sistema jurídico sin garantías, en el cual toda or-

451 *Ibidem*, pp. 86 y 87.

452 *Ibidem*, pp. 88-94.

den, sin importar su contenido, debe ser obedecida; sin duda, el segundo parece ser más propenso a sufrir un brote anarquista. Además, es más probable que en un sistema sin garantías se incurra en formalismos —reaccionarios— como el que sugiere que el derecho es derecho sin importar lo que establece. Por todo esto, Waluchow concluye que ni el argumento de Bentham ni la versión hartiana del mismo poseen suficiente base para rechazar al ILP.⁴⁵³

b. El argumento de la claridad intelectual

Otras razones por las que Hart prefiere el positivismo jurídico antes que el iusnaturalismo se relaciona con la oscuridad y sobresimplificación con que esta última teoría analiza algunas cuestiones prácticas complejas, como por ejemplo las relativas a los tribunales alemanes de posguerra. Sobre esto, Hart considera que el positivismo jurídico otorga una claridad para el estudio teórico del derecho que el iusnaturalismo no logra obtener al expulsar de la categoría de derecho a las normas inicuas.

Waluchow considera que hay aquí dos cuestiones que se deben resolver. La primera, si Hart aporta buenas razones para preferir el positivismo jurídico frente al iusnaturalismo. Sobre esta cuestión, Waluchow considera que las razones que Hart aporta no parecen concluyentes. Con respecto al argumento de Hart que considera que el iusnaturalismo simplifica los casos de los juicios de posguerra olvidando el principio de *nulla poena sine lege*, Waluchow afirma que no hay razón para pensar que un iusnaturalista no quiere defender el principio anteriormente mencionado y aceptar que su infracción pueda ser excepcionalmente justificada sólo en los casos en que la violación de otros principios del derecho natural es clara y profunda. El iusnaturalismo puede aceptar —de hecho algunos de sus principales exponentes lo hacen— que en principio las normas injustas deben ser obedecidas si su incumplimiento promueve el escándalo y los disturbios. Como puede observarse, no resulta claro que el argumento de la claridad intelectual de Hart relacionado con los casos de posguerra ayude al positivismo jurídico. Además, en segundo lugar, Waluchow observa que el argumento de Hart que sugiere que el iusnaturalismo obliga a excluir las normas inmorales por más que las mismas exhiban otras características propias del derecho parece ser incorrecto.

⁴⁵³ *Ibidem*, pp. 95-98.

Nada en el iusnaturalismo afirma esto. Según nuestro autor, el iusnaturalismo afirma que las normas inmorales pueden y deben ser estudiadas como normas patológicas.⁴⁵⁴

Por todo lo observado, Waluchow concluye que el argumento de la claridad moral e intelectual es débil. Sólo proporciona razones débiles para preferir el positivismo jurídico en vez del iusnaturalismo. A su juicio, es claro que estos argumentos —en los que Hart basa su elección— no sirven para sustentar la posición del ELP. Estos argumentos no afectan al ILP, debido a que este reconoce la posibilidad conceptual de normas jurídicas perfectamente válidas e injustas; incluso reconoce la posibilidad de un sistema jurídico inicuo. Como ha sido observado en otras oportunidades, del hecho que se reconozca la posible relación entre la validez moral y la jurídica, no se sigue que la misma deba existir. En síntesis, Waluchow sostiene que el argumento de Hart sobre la claridad moral e intelectual no sirve para preferir el ELP sobre el ILP.

B. *Los argumentos de Raz contra el inclusive legal positivism*

Como ha sido expuesto en el capítulo anterior, el ELP surge de las mismas líneas que el ILP intenta defender. Raz es el principal exponente del positivismo jurídico excluyente. De hecho, muchos de los argumentos que los positivistas excluyentes sugieren para preferir el ELP al ILP están relacionados con los argumentos que Raz proporciona a favor de un positivismo excluyente y contra una versión incluyente de esta teoría. Por esta razón, Waluchow dedica una parte de sus esfuerzos a responder a las críticas de Raz contra el ILP. Debido a que la concepción de Raz y sus críticas ya han sido expuestas en el capítulo anterior, la exposición de los argumentos de Raz contra el ILP que se hará en este apartado se realizará a partir de la descripción que Waluchow hace de éstos.

a. *Los argumentos populares*

Parte de los argumentos formulados por Raz contra el ILP no son originales de este autor. Waluchow denomina a los argumentos que Raz utiliza contra el ILP y que no son originales suyos, los “argumentos popula-

⁴⁵⁴ *Ibidem*, pp. 99-102.

res”.⁴⁵⁵ Estos argumentos populares son el argumento lingüístico (*the linguistic argument*), el argumento sobre la parcialidad (*the argument from bias*) y el argumento de la conexión institucional (*the institutional connection argument*). A continuación se describirá cómo Waluchow los presenta y qué respuestas ofrece contra ellos.

1) El argumento lingüístico

Este argumento afirma que el positivismo jurídico refleja correctamente el significado del término “derecho” y es afín al lenguaje ordinario. Según este argumento, es parte de la comprensión de estos términos que el derecho pueda ser, a la vez, inmoral y jurídicamente válido. De este hecho se concluye que el concepto del derecho excluye cualquier vinculación esencial con la justicia o la moral. Por todo esto, se argumenta que si se apela al lenguaje ordinario se concluye la corrección del ELP. Sin embargo, Raz reconoce que no quiere ser esclavo de las palabras, sino que con este análisis pretende comprender la sociedad y sus instituciones. Por esto, Waluchow se pregunta si el significado ordinario de “derecho” realmente ayuda a identificar hechos importantes para la comprensión de la sociedad, ya que, si no es así, este argumento sobre las propiedades lingüísticas no puede ser utilizado para sustentar el ELP. De hecho, Hart parece ser consciente de que este argumento lingüístico no sirve para fundamentar su preferencia por el positivismo jurídico frente al iusnaturalismo. En concreto, Hart afirma que la elección de alguna de estas concepciones debe fundamentarse en su superioridad para ayudar a resolver las preguntas teóricas y para clarificar las deliberaciones morales.⁴⁵⁶

2) El argumento sobre la parcialidad

El segundo desafío surge del “argumento sobre la parcialidad” (*the argument from bias*). Según éste, el ELP permite que las teorías que describen el derecho se mantengan incontaminadas de las evaluaciones impuras. En cambio, si se admite que la validez del derecho pueda depender de consideraciones morales, la neutralidad teórica del investigador se

⁴⁵⁵ *Ibidem*, pp. 103 y 104.

⁴⁵⁶ *Ibidem*, p. 104.

verá seriamente comprometida. Para Waluchow, el problema de este argumento es que a veces la existencia o el contenido del derecho dependen de consideraciones morales. Por ello, toda teoría que proponga identificar las leyes o las doctrinas del sistema jurídico negando las consideraciones valorativas —morales— será a la vez confusa y errónea. Por todo ello, Waluchow concluye que no puede darse por buena una teoría “pura” si el fenómeno investigado es “impuro”.⁴⁵⁷

3) El argumento de la conexión institucional

El tercer y último de los argumentos populares utilizados por Raz para mostrar que el ELP es preferible al ILP es el argumento de la conexión institucional. Este argumento descansa en el hecho innegable de que, de alguna manera, el derecho es una institución social. Es decir, el derecho es una construcción social, un producto de la actividad del hombre. El derecho es una institución social con sus propios límites institucionales. Así, el contenido del derecho es definido por el propio derecho que crea sus propias fronteras. Waluchow observa cómo este argumento parece proveer buenas razones para preferir el positivismo jurídico frente al iusnaturalismo.⁴⁵⁸ Para él, el iusnaturalismo de Tomás de Aquino afirma que una buena parte de las normas humanas son un producto de decisiones humanas autoritativas, incapaces de ser puramente deducidas del derecho natural. Para Tomás de Aquino, estas normas derivan su juridicidad no exclusivamente del derecho natural sino también del reconocimiento socio-institucional. Si bien Tomás de Aquino no ignora completamente la naturaleza institucional del derecho, para él no todas las normas —humanas— están necesariamente conectadas con actividades socio-institucionales. Algunas de ellas existen para todas las comunidades y en todos los sistemas jurídicos, incluso sin un acto institucional que las reconozca. Para nuestro autor, en este punto el iusnaturalismo se separa del positivismo jurídico. Para Waluchow, este argumento limitado contra el iusnaturalismo, sin duda, no afecta al ILP porque “una consecuencia del ILP es que las consideraciones morales pueden ser relevantes para la identificación del contenido y la existencia del derecho sólo si el

⁴⁵⁷ *Ibidem*, p. 105.

⁴⁵⁸ *Ibidem*, p. 107.

sistema jurídico les ha reconocido de algún modo ese papel”.⁴⁵⁹ Por esto, el ILP resulta completamente compatible con la naturaleza institucional del derecho. Para el ILP, la moral es relevante para determinar la validez jurídica sólo si tiene una conexión institucional apropiada.

b. Los argumentos originales

Además de apelar a argumentos populares para criticar al ILP, Raz ofrece un grupo de argumentos propios, algunos de los cuales se encuentran especialmente diseñados para defender el ELP contra el ILP. Nuevamente, Waluchow describe estos argumentos para luego criticarlos y así defender su versión del positivismo jurídico incluyente. Los argumentos originales de Raz —observados por Waluchow— contra el ILP son el argumento del poder explicativo (*the argument from explanatory power*), el argumento sobre la función del derecho (*the argument from function*), y un argumento basado en la tesis de la discrecionalidad judicial.

1) El argumento del poder explicativo

Un argumento especialmente diseñado por Raz para defender al ELP contra el ILP es el argumento del poder explicativo. Raz considera que el ELP es preferible al ILP porque refleja y explica mejor nuestra concepción del derecho. Para Raz, el ELP explica y sistematiza nuestras distinciones preteóricas generalmente hechas al referirse al derecho. Esto incluye la diferencia entre las valoraciones jurídicas y las morales, entre el derecho establecido (*settled*) y el derecho no establecido, entre aplicar o crear el derecho, y entre desarrollar el derecho y modificarlo. Según este argumento, es parte de nuestra visión normal del derecho que cuando el juez usa argumentos morales está desarrollando el derecho. En definitiva, argumenta que el ELP coincide con las distinciones jurídicas preteóricas que generalmente se hacen y por esto tiene mayor poder explicativo.⁴⁶⁰

Para Waluchow, existen al menos dos respuestas contra este argumento. La primera cuestiona si las características de la práctica jurídica citadas por Raz, son verdaderamente datos preteóricos que cualquier teoría

⁴⁵⁹ *Ibidem*, p. 112.

⁴⁶⁰ *Ibidem*, p. 113.

del derecho debe poder explicar o sistematizar, o si estas características —o al menos la presentación que Raz hace de ellas— son consecuencias del ELP. Waluchow toma de Perry esta respuesta a Raz.⁴⁶¹ La segunda objeción parte de admitir que Raz tiene razón sobre las distinciones que toda teoría descriptiva-explicativa del derecho debe explicar y afirma que, no obstante esto, no existen razones para pensar que el ILP no pueda enfrentarse a esa tarea. Para Waluchow, en una sociedad que posee una Constitución en la que los criterios morales para reconocer el derecho han sido explícitamente incorporados, las distinciones ofrecidas por Raz pueden observarse, aunque deben ser interpretadas y entendidas con algunos matices. Por ejemplo, la distinción entre el derecho determinado y el indeterminado no necesariamente está relacionada con el origen o el contenido de una norma. Además, para Waluchow, cuestiones sobre interpretación, jurisdicción o sobre conflictos de normas pueden colocar a las normas basadas únicamente en hechos (*source-based rules*) en situaciones de indeterminación, mientras que no todas las cuestiones morales son necesariamente indeterminadas.⁴⁶²

2) El argumento sobre la función del derecho

Para Raz, otra de las razones que hacen preferible el ELP frente a sus competidores, es su capacidad para captar e iluminar la función del derecho. Para él, la función del derecho es designar de modo accesible los estándares de comportamiento requeridos para la cooperación social. Por ello, es fundamental para el derecho proveer estándares públicos y ciertos, de tal forma que los individuos estén obligados por éstos, sin poder excusar su incumplimiento simplemente desafiando la justificación del estándar. Este tipo de identificación del derecho resulta, a juicio de Raz, decisivo para la regulación de la vida social. Como se ha podido observar anteriormente, Raz no se encuentra solo cuando afirma que la función del derecho es parte de la plataforma positivista. Dworkin adjudica esta misma tesis sobre la función del derecho al positivismo jurídico.⁴⁶³

Antes de criticar esta versión del argumento sobre la función del derecho, Waluchow recuerda algunas distinciones que han sido previamente

461 Para ampliar puede verse Perry, S., "Judicial Obligation, Precedent and the Common Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, 7, 1987, pp. 215-257.

462 *Cfr.* ILP, pp. 113-117.

463 *Ibidem*, pp. 117 y 118.

esbozadas. Así, señala que los términos “valorativo” y “moral” no son equivalentes, y que las teorías descriptivas no son necesariamente valorativamente neutrales. Muchas veces, las caracterizaciones descriptivas están guiadas por consideraciones meta-teóricas. De este modo, Waluchow sostiene que, para Raz, incluso las afirmaciones descriptivas-explicativas sobre la función del derecho deben ser valorativas, aunque sea en parte. Esto se debe a que es necesario determinar la característica del derecho —sea su autoridad o su certeza— que resulta más iluminadora.⁴⁶⁴

A partir de la distinción entre una visión moral de la función del derecho moral y una visión descriptiva, basada en evaluaciones meta-teóricas, Waluchow sostiene que el ELP defiende una determinada función del derecho basada en juicios meta-teóricos; y de ahí concluye que el argumento sobre la función del derecho de Raz no ofrece ninguna razón para rechazar el ILP. Para fundamentar esta defensa del ILP Waluchow presenta dos argumentos. Por una parte, sostiene que el argumento sobre la función del derecho parece exagerar el alcance de sus premisas. Esto puede observarse cuando se afirma que para los positivistas el derecho debe resolver determinadas cuestiones sociales de forma tal que no sea vulnerable a la influencia de los argumentos morales. Para ejemplificar la falsedad de esta afirmación, Waluchow observa cómo Hart considera que en determinados casos es mejor que las normas sean flexibles en su aplicación. La segunda objeción al argumento de Raz sobre la función del derecho apunta a que este argumento descansa en un contraste exagerado entre la certeza que se obtiene de las normas cuya validez sólo depende de su pedigrí y la que se obtiene de aquellas otras cuya validez depende en parte de su conformidad con estándares morales.⁴⁶⁵

3) El argumento de la autoridad del derecho

Este es, a juicio de Waluchow, el argumento más poderoso de Raz contra el ILP. Debido a que ha sido expuesto con anterioridad —junto con la teoría de Raz—, será presentado ahora de forma muy sintética, haciéndose mención solamente de las características que Waluchow analiza con especial atención.

⁴⁶⁴ *Ibidem*, pp. 119-121.

⁴⁶⁵ *Ibidem*, pp. 121-123.

El profesor canadiense observa cómo para Raz es parte de la naturaleza de todo sistema jurídico que afirme su autoridad justificada sobre una población. De esta afirmación, Raz infiere que un sistema jurídico debe al menos ser lógicamente capaz de tener autoridad. Por esto, el derecho debe capaz al menos de comportarse como autoridad práctica. De ahí que Raz afirme que las directivas jurídicas —normas y decisiones judiciales— deben ser interpretadas como directivas perentorias. Así, las directivas autoritativas cumplen una función mediadora entre las razones para la acción y las personas, determinando qué hacer y excluyendo toda otra razón para la acción.⁴⁶⁶

De esta argumentación, Raz deriva su rechazo al ILP y su apoyo al ELP. Waluchow sintetiza esta argumentación en 8 pasos: (1) Las directivas jurídicas son necesariamente capaces de ser autoritativas. (2) Toda directiva con autoridad debe poder ser identificada sin recurrir a las razones cuyo balance trata de ser resuelto mediante esa directiva. (3) Así, toda norma debe poder ser identificada sin recurrir a ninguna de dichas razones. (4) Para el ILP —al igual que para el iusnaturalismo y para Dworkin— esto no siempre es posible. (5) Por esto, el ILP debe ser rechazado como inconsistente con la naturaleza autoritativa del derecho —al igual que deben serlo las teorías iusnaturalistas y dworkinianas—. (6) No obstante, como es posible identificar las tres fuentes ordinarias del derecho —legislación, decisión judicial y costumbre— sin basarse en las razones cuyo balance trata de ser resuelto mediante estas fuentes, y (7) sólo el ELP identifica el derecho exclusivamente con estas fuentes, entonces (8) el ELP es la única teoría consistente con la naturaleza autoritativa del derecho.⁴⁶⁷

Una vez descrito el argumento, Waluchow afirma que, si bien es innegable que el derecho es en cierto sentido necesariamente autoritativo, el análisis de Raz sobre lo que esto significa “parece captar solamente un elemento no esencial de la guía autoritativa”.⁴⁶⁸ A su juicio, que el derecho tenga autoridad no implica que la existencia y el contenido de todas las directivas jurídicas puedan y deban establecerse independientemente

⁴⁶⁶ *Ibidem*, pp. 123 y 124.

⁴⁶⁷ *Ibidem*, pp. 126 y 127.

⁴⁶⁸ *Ibidem*, p. 129.

de consideraciones morales dependientes, es decir, que la moral deba ser excluida de la determinación del derecho.⁴⁶⁹

Waluchow comienza su crítica al argumento de la autoridad de Raz observando que la autoridad se da de diversas maneras. Así, distingue la autoridad práctica —como la legislativa, la judicial y la arbitral— de la autoridad teórica, cuyos pronunciamientos hacen que creamos cuestiones que de algún modo ignoramos —por ejemplo, cuando Einstein hace una afirmación sobre Física—. Además, se observa cómo la autoridad teórica puede darnos razones de contenido independiente para creer en lo que ella afirma, pero no es capaz de dar razones excluyentes. Normalmente la razón que ofrece una autoridad teórica es una razón que se suma a otras razones para admitir algo como verdadero. De forma análoga a este ejemplo de la autoridad teórica, Waluchow sostiene que “no hay razón para pensar que aceptar la autoridad práctica del derecho implica, necesariamente, excluir toda otra razón dependiente, moral o de otro tipo”.⁴⁷⁰ Simplemente significa que debemos adscribir un determinado peso a esa razón, que sería distinto del peso que tendría si no tuviera su autoridad. Por todo esto, parece plausible afirmar que, a veces, las directivas de la autoridad práctica deben ser aceptadas como reemplazantes —al menos de algunas— de las razones dependientes, aunque también es plausible afirmar que las directivas de la autoridad práctica algunas veces no excluyen a las razones dependientes, pero proveen bases para que esas razones tengan mayor o menor peso de lo que normalmente tendrían en nuestra deliberación práctica.⁴⁷¹

Por otra parte, Waluchow considera que el ejemplo del arbitraje propuesto por Raz para fundamentar sus afirmaciones sobre la autoridad del derecho es inaceptable, ya que algunas características del arbitraje no se dan en el derecho.⁴⁷² Waluchow afirma que la necesidad de identificar y comprender las resoluciones de un árbitro es una característica propia del arbitraje sólo porque la principal función de un árbitro es resolver una disputa que no puede ser resuelta de otro modo. Sin embargo, a su juicio, puede que no sea la única finalidad de sus funciones. Puede suceder que esta finalidad esté acompañada de otras. En este caso, no existe la necesidad de que su decisión sea identificable sin recurrir a razones depen-

⁴⁶⁹ *Ibidem*, p. 219.

⁴⁷⁰ *Ibidem*, p. 131.

⁴⁷¹ *Ibidem*, pp. 130 y 131.

⁴⁷² *Ibidem*, p. 132.

dientes. Waluchow imagina un árbitro que desea que su decisión tenga también una finalidad educativa. Para esto, el árbitro puede suspender temporalmente el arbitraje y pedirle a las partes que vuelvan a negociar. Quizá, el árbitro puede resolver alguna cuestión del asunto, y hacer que la interpretación de su decisión dependa de razones dependientes; incluso puede acotar el rango de opciones y dar la posibilidad a las partes de elegir entre éstas.⁴⁷³

También se resalta otro punto relacionado con el arbitraje. Para Waluchow, las razones que normalmente frustrarían la razón de ser del arbitraje son el tipo de razones —debatidas— que la directiva de un árbitro debe reemplazar si está forzado a dar una directiva autoritativa. Sin embargo, que otras posibles razones para la acción pueden entrar en la identificación o en la interpretación de una directiva no implica que el propósito normal de un árbitro deba necesariamente frustrarse.⁴⁷⁴

Con estas aclaraciones Waluchow busca demostrar que el ELP es preferible al ILP, sólo si: (1) la función esencial del derecho es resolver conclusiva y autoritativamente determinadas disputas sobre razones dependientes; y (2) esta función se frustra completamente por cualquier consideración de razones —para la acción— morales y dependientes al interpretar e identificar el derecho válido.

Waluchow se cuestiona por qué pensar que *I* define la única función o la principal función del derecho. Como ya se ha señalado, a su juicio, existe una cierta razón para aceptar esta afirmación, pero no hay ninguna para encajar a todos los positivistas en esta visión.⁴⁷⁵

Para Waluchow, en las sociedades con cartas de derechos es aceptado un cierto grado de indeterminación como el precio razonable a pagar para salvar otros valores considerados de importancia al menos comparable. En estas sociedades, muchas veces la validez jurídica de las normas depende de que éstas no violen ninguno de los derechos morales incluidos en la carta de derechos. Por esto, Waluchow se pregunta entonces si las directivas emanadas dentro de este tipo de sociedades no son verdaderamente derecho, porque según Raz pierden su elemento autoritativo.⁴⁷⁶ Como para Waluchow esto no es correcto, ha de ser posible explicar la autoridad del derecho de una forma diferente a la propuesta exclu-

⁴⁷³ *Ibidem*, pp. 132 y 133.

⁴⁷⁴ *Ibidem*, p. 133.

⁴⁷⁵ *Ibidem*, p. 134.

⁴⁷⁶ *Ibidem*, p. 135.

yente del ELP. Para Waluchow, no hay razón para sostener que la autoridad implica la exclusión de toda otra razón para la acción. De hecho, observa cómo Dworkin y Perry tienen en cuenta lo problemática que resulta la posición de Raz. Para fundamentar su posición, Waluchow analiza una visión alternativa sobre la autoridad del derecho propuesta por Perry,⁴⁷⁷ según la cual toda directiva autoritativa provee razones de segundo orden, es decir, razones para tratar a las razones de primer orden como si tuvieran un peso mayor o menor del que normalmente tendrían. Con base en esta visión alternativa de la autoridad del derecho, Waluchow concluye que esta característica del derecho no requiere que se provean razones excluyentes para la acción. De hecho, la autoridad del derecho no parece funcionar de esta manera, ni cuando hablamos de la

477 En “Judicial Obligation, Precedent and the Common Law”, Perry busca que el demostrar que positivismo jurídico de Raz no parece reflejar el funcionamiento de cierto tipo de instituciones jurídicas (p. 218). En concreto, observa que la mayoría de los tribunales no analizan los precedentes como excluyentes de todo tipo de razones (p. 222). Para él, los jueces del *common law* no parecen afirmar que las proposiciones puedan ser construidas como reglas excluyentes. Al contrario, los tribunales parecen admitir la posibilidad de reconsiderar las mismas, por lo que la posibilidad de modificarlas parece que debe quedar abierta. Esta interpretación del *stare decisis* deja claro que el proceso de revisión no está limitado. Esta visión está basada en una concepción del precedente según la cual el tribunal no se debe separar del precedente al menos que tenga una razón positiva fuerte para hacerlo. A esta posición se la denomina concepción burkeana fuerte. La tesis de Raz de que las normas son razones excluyentes de las razones de primer orden, resulta demasiado estrecha para Perry. Este autor sugiere que las normas son razones de segundo orden —no excluyentes— que simplemente otorgan un peso mayor o menor al que ordinariamente reciben estas razones (p. 223). En definitiva, Perry sostiene que el modelo de reglas excluyentes de Raz no provee una visión satisfactoria del proceso de razonamiento del *Common Law* y, en concreto, da una caracterización equivocada de la doctrina del *stare decisis* (p. 257). Perry, S., “Judicial Obligation, Precedent and the Common Law”, *cit.*, nota 461. En línea con el trabajo anterior, Perry propone en “Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory” algunos tipos nuevos de razones de segundo orden que permiten al agente formular estrategias para combatir la incertidumbre pero —a diferencia de la aproximación excluyente— le permiten seguir tomando en consideración a las razones de primer orden. Además, afirma que estas nuevas categorías de las razones de segundo orden pueden ser utilizadas para formular una interpretación del proceso de decisión del *Common Law* que es superior a la interpretación positivista de Raz. (p. 915). Con respecto al ILP sostiene que, “como la concepción del derecho que resulta de esta visión últimamente parece ser más dworkiniana que otra cosa, hay bases sólidas para concluir que la aproximación de Raz y no la de estos alcanza a captar la esencia del positivismo” (p. 955.) Perry, S., “Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory”, *Southern California Law Review*, 62, 1989, pp. 913-994.

autoridad de los precedentes, ni cuando observamos la autoridad de las normas legisladas.⁴⁷⁸

Con respecto al arbitraje, Waluchow está de acuerdo en que si la única función, o la función esencial del arbitraje es resolver disputas de forma concluyente, entonces toda decisión arbitral cuya identificación o interpretación requiera que se apele a razones dependientes debatidas no será particularmente útil. Sin embargo, esta afirmación no logra demostrar que las decisiones arbitrales siempre deben poder ser identificadas e interpretadas sin recurrir a ningún argumento moral o principio. “El grupo de todas las razones morales no es idéntico al grupo de razones dependientes bajo disputa en un caso de arbitraje”.⁴⁷⁹ Por todo esto, para Waluchow no hay nada en la naturaleza autoritativa del derecho que sea inconsistente con el ILP.

4) Inclusive legal positivism y discrecionalidad judicial

Este argumento se encuentra relacionado con la tesis de la discrecionalidad judicial y observa que para que el ILP sea una teoría coherente debería poder ofrecer un criterio adecuado de distinción que permitiera separar las referencias del derecho a la moral que son aplicadas a los casos como derecho preexistente, de los casos de discrecionalidad judicial, en los cuales los jueces apelando a consideraciones morales cambian el derecho. El ILP es cuestionado debido a que no parece haber presentado un test que solucione esta cuestión.⁴⁸⁰

Waluchow comienza su defensa frente a este argumento observando su ambigüedad. A su juicio, no queda claro si Raz pretende un criterio que permita distinguir cuándo los jueces, haciendo referencia a la moral, *tienen* discrecionalidad judicial y cuando no la *tienen*; o que permita distinguir cuando los jueces *ejercitan* la discrecionalidad de cuando no *ejercitan* esta potestad. Para él, en una jurisdicción en la que se acepta que el test de validez jurídica tenga componentes morales, un juez tiene discrecionalidad judicial cuando estos tests fallan al determinar una única respuesta correcta. Los jueces pueden creer que cuando deciden lo hacen conforme a derecho y equivocarse. De igual modo, pueden equivocarse

⁴⁷⁸ Cfr. ILP, pp. 136-139.

⁴⁷⁹ *Ibidem*, p. 139.

⁴⁸⁰ *Ibidem*, p. 227.

cuando creen que es necesario el ejercicio de la discrecionalidad judicial. Por esto, para Waluchow es difícil ofrecer un criterio de distinción conceptual que cumpla con las expectativas de Raz.⁴⁸¹

No obstante, en la práctica, Waluchow considera que Dworkin tiene razón cuando propone que debe examinarse cada caso, observar cómo resuelven los jueces y juzgar si el derecho otorga una respuesta para el caso y qué tipo de respuesta ofrece. En otras palabras, para saber cuándo los jueces deciden con discrecionalidad es necesario observarlos. Si éstos basan su decisión en la premisa de que su interpretación de un derecho de la carta es correcta y es la exigida por el derecho, entonces esta apelación a ese derecho no es discrecional. Si, en cambio, la decisión del juez se basa en la premisa de que su interpretación del derecho que surge de la carta no es unívocamente correcta, ni es la requerida por el derecho, en este caso el juez decide discrecionalmente haciendo referencia a la moral. En estos casos, los jueces poseen discrecionalidad debido a que existen por lo menos dos posibles interpretaciones sobre las que habrá que tomar una elección no determinada por el derecho, es decir, dando un paso más allá del derecho, por medio de estándares que no controlan sus decisiones. En síntesis, este tipo de elecciones se toma con base en estándares no autoritativos que parecen razonables para las circunstancias del caso.⁴⁸²

3. *Las virtudes del inclusive legal positivism*

Como se desprende de la exposición precedente, el ILP se constituye en el planteamiento de Waluchow como una “teoría del derecho viable”,⁴⁸³ que dedica casi todos sus esfuerzos a responder a los diferentes desafíos que se le plantean. Sin embargo, a su juicio, sería un error suponer que el ILP es una propuesta puramente negativa, sin la conveniente fundamentación positiva. Una virtud del ILP —que lo hace preferible al ELP— es su capacidad para explicar lo que parece ser un hecho obvio, “que algunos sistemas jurídicos han reconocido explícitamente tests morales para la validez y el contenido del dere-

⁴⁸¹ *Ibidem*, p. 228.

⁴⁸² *Ibidem*, p. 229.

⁴⁸³ *Ibidem*, p. 140.

cho”.⁴⁸⁴ Waluchow sostiene que el ILP permite escapar a una visión distorsionada sobre el modo en que las cartas de derechos son entendidas, interpretadas y aplicadas. A su juicio, el ILP se caracteriza por lograr este objetivo sin transformarse en una posición iusnaturalista. Si bien el ILP permite reconocer el posible papel de las consideraciones morales para determinar el derecho, admite esta posibilidad sin rechazar que el derecho y los criterios para definirlo deban poseer una conexión institucional apropiada. Es decir, para el ILP las razones morales pueden ser relevantes, pero sólo en la medida en que el sistema jurídico así lo reconozca. En síntesis, para nuestro autor el ILP “combina las virtudes del positivismo excluyente con las visiones de sus rivales como la teoría integral de Dworkin”.⁴⁸⁵

El ILP busca demostrar que su versión del positivismo jurídico es superior a la que ofrece el positivismo excluyente. Con esta finalidad, Waluchow acepta el desafío o el reto que implica la existencia de las cartas de derechos —que incorporan argumentos morales a sus sistemas jurídicos— para el positivismo jurídico e intenta demostrar que el ILP explica mejor este fenómeno que el ELP. Para ello sostiene que resulta obvio que la Carta de derechos de Canadá muchas veces envuelve argumentos morales. Con respecto a éstos, observa que los autores de la carta de derechos canadiense utilizaron la terminología que figura en prácticamente todas las teorías morales modernas. Además, señala que los jueces han entendido e interpretado esta carta desde posturas abiertas, no legalistas o liberales. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Canadá observa que los argumentos morales figuran frecuentemente en la carta de derechos y que ésta debe ser interpretada desde los objetivos que esta Carta de derechos busca proteger. De esta forma, si uno debe interpretar la Carta de derechos con base en sus objetivos, y los mismos están generalmente representados por derechos y libertades morales, es imposible determinar lo que significa la Carta de derechos y las condiciones de validez jurídica que impone, sin introducirse, por lo menos hasta cierto punto, en sus argumentos morales sustantivos.⁴⁸⁶

Para Waluchow, el modo en que los jueces conciben lo que hacen, especialmente los jueces de la Corte Suprema de Justicia, es importante pa-

⁴⁸⁴ *Idem.*

⁴⁸⁵ *Ibidem*, p. 141.

⁴⁸⁶ *Ibidem*, pp. 143-145.

ra determinar qué papel juegan los argumentos morales en sus decisiones. La Corte Suprema de Canadá sostiene que la interpretación de los derechos de la carta debe ser sensible al contexto lingüístico, filosófico e histórico. Waluchow resalta que para tener en cuenta esta afirmación no es necesario detenerse en ninguna cuestión controvertida de la teoría moral. En caso de que la afirmación de los jueces de la Corte de Canadá sea puesta en duda por medio de un argumento escéptico, una “lectura cuidadosa de cualquier carta de derechos [más allá de lo que los jueces opinen sobre la misma] revela que los argumentos morales juegan un papel vital”.⁴⁸⁷

Tras analizar la carta de derechos canadiense Waluchow concluye que “para bien o para mal, en Canadá la existencia del derecho no es una cosa, y su mérito o su falta de mérito otra”.⁴⁸⁸ Ambas han sido unidas por la regla de reconocimiento canadiense. Por eso, a su juicio, con sólo proveer unos pocos ejemplos de esto basta para poder sostener su premisa. Si este tipo de deliberación figura en la mayoría o en todas las cartas de derechos, es una cuestión que Waluchow considera interesante, pero no preocupante.⁴⁸⁹

Una vez probado que la deliberación moral se encuentra en las cartas de derechos, Waluchow busca mostrar que los estándares morales empleados en los casos en que se aplica una carta de derechos a veces funcionan como test para determinar la existencia o el contenido de las normas válidas. A su juicio, esta premisa adicional es una razón determinante para preferir el ILP sobre el ELP.⁴⁹⁰ Para el ELP cada vez que un juez se basa en un derecho moral para tomar una decisión judicial, está creando nuevo derecho. El ELP explica este comportamiento afirmando que algunas veces los tribunales se encuentran facultados para ejercer las mismas funciones que el Poder Legislativo a la hora de crear derecho. Waluchow se propone probar que el ELP no otorga una visión descriptiva-explicativa adecuada sobre cómo se aplica la Carta de derechos canadiense. Para él, el ELP es simplemente decepcionante. De hecho, esta versión del positivismo parece estar en contradicción con el entendimiento común de un documento constitucional como la carta de derechos canadiense.

⁴⁸⁷ *Ibidem*, p. 149.

⁴⁸⁸ *Ibidem*, p. 155.

⁴⁸⁹ *Idem*.

⁴⁹⁰ *Idem*.

A fin de justificar esta última afirmación, Waluchow observa algunas cuestiones puntuales en las que la comprensión general de la Constitución canadiense se encuentra en abierta oposición con el ELP. Como primer ejemplo, aduce cómo los estándares morales que se encuentran en la carta de derechos canadiense son a veces indeterminados. Waluchow reconoce que esta indeterminación es quizás mayor en la carta de derechos que en otras áreas del derecho en las que se usan términos con textura más cerrada —como “vehículo”, “radio”, etcétera—. No obstante, para nuestro autor, términos como “libertad”, “discriminación” o “equidad” no tienen la suficiente textura abierta como para no poseer ningún sentido determinado. Por esta razón, estos términos pueden crear derechos fundamentales que los canadienses poseen frente al gobierno.⁴⁹¹

Otro ejemplo en el que el ELP parece contradecir la práctica constitucional canadiense surge del lenguaje escogido por el Parlamento para caracterizar su carta de derechos. La carta canadiense es una carta constitucional con una fuerza institucional especial. Por esto fue proclamada como la ley suprema del país y cualquier ley que la contradiga no tiene efectos. Para Waluchow, esta caracterización se encuentra en abierta oposición a la idea que sugiere que son los jueces quienes discrecionalmente deciden si una ley contradice o no la carta de derechos. Para finalizar su réplica al ELP, Waluchow observa cómo la carta canadiense crea derechos jurídicos que tienen un contenido que en parte depende de consideraciones morales. A partir de estos ejemplos, nuestro autor concluye que el ELP es incapaz de explicar algunas cuestiones de la carta de derechos canadiense.⁴⁹²

Si bien Waluchow solamente analiza la contradicción entre el ELP y el sistema constitucional canadiense; a su juicio, con un ejemplo como el de la carta de derechos canadiense basta para rechazar la afirmación universal realizada por el ELP. Además, del análisis sobre la incorporación de la moral en el sistema constitucional canadiense, se observa cómo los factores morales parecen realizar papeles análogos a los anteriormente descritos en diferentes áreas del derecho. Con esta finalidad, señala cómo es una característica extendida del derecho que los argumentos que defienden la autoridad de Constituciones, normas, precedentes o costumbres puedan ser desafiados por otros argumentos que afirmen que estas

491 *Ibidem*, p. 159.

492 *Ibidem*, pp. 159-163.

normas no se aplican cuando generan una injusticia manifiesta, una resolución absurda o una solución moralmente repugnante.⁴⁹³ Estos argumentos son presentados algunas veces como interpretaciones, y otras veces como invitaciones a dejar de lado la autoridad jurídica invocada. No obstante, debido a la fuerza institucional de la autoridad pertinente, no siempre es posible para un tribunal recurrir a este tipo de argumentos. En general, los tribunales siguen una “regla de oro” según la cual el contenido y los efectos de las normas jurídicas se determina por el significado evidente de los términos utilizados en la misma (*plain meaning*), salvo que esto conduzca a resoluciones manifiestamente absurdas o moralmente repugnantes. En estos casos, estándares de moralidad y racionalidad sirven para determinar el contenido de las normas jurídicas, algo que el ELP nunca aceptaría. En síntesis, para Waluchow los casos en los que por una carta de derechos los jueces dejan de lado, suspenden o limitan una norma con base en argumentos morales representan “sólo una instancia del fenómeno que parece ser dominante en muchos sistemas jurídicos y áreas del derecho”.⁴⁹⁴

III. EL *INCORPORATIONISM* DE COLEMAN

Coleman intenta ofrecer una versión del positivismo jurídico capaz de mantener la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral sin negar que en algunos casos el derecho y la moral puedan estar conectados, aunque sea de forma meramente contingente, es decir, no necesaria.

Además de ofrecer un argumento negativo para defender el positivismo jurídico, Coleman sostiene que Dworkin e incluso algunos autores positivistas han caracterizado erróneamente el positivismo jurídico, vinculándolo con una visión del derecho basada en un conjunto de hechos ciertos o duros. Coleman se propone presentar un tipo de positivismo jurídico que considera al derecho principalmente como una convención social. Para esto, presenta un conjunto de reflexiones que intentan superar las críticas dworkinianas al positivismo jurídico hartiano basadas en los argumentos sobre las reglas sociales, el argumento del pedigrí, el argumento de la controversia y el argumento moral. A fin de que su propues-

⁴⁹³ *Ibidem*, p. 165.

⁴⁹⁴ *Idem*.

ta pueda ser fructífera, elabora una teoría sobre la convencionalidad de la regla de reconocimiento que busca terminar con los problemas que generan las controversias en el derecho convencional. Su versión del positivismo jurídico, denominada por él mismo “incorporacionista”, comparte con Waluchow la idea de que el positivismo hartiano puede admitir la posible —pero no necesaria— incorporación de la moral en el derecho, sin que esto atente contra sus principales tesis. Además, el positivismo incorporacionista parece capaz de fundamentar la normatividad del derecho, cuestión que tantos problemas trae a la concepción hartiana.

La versión del positivismo presentada por Coleman intenta colocarse entre la de Raz y la propuesta dworkiniana. Por esto, al igual que Waluchow, aspira a responder y argumentar contra dos concepciones jurídicas que se encuentran enfrentadas entre sí y que consideran que una visión intermedia como la que se propone no basta, no es suficiente o es incoherente. Por esta razón, una de las grandes preocupaciones del positivismo incorporacionista de Coleman es la de superar los problemas que la autoridad del derecho representa para un positivismo que considera posible que la moral se incorpore al derecho. Conectadas a esta problemática, este autor profundiza en otras cuestiones, como las relativas a la determinación e indeterminación del derecho, la naturaleza de la verdad en el derecho y la objetividad de los hechos jurídicos y sus afirmaciones.

1. *Un positivismo jurídico negativo*

Con la intención de mostrar que el positivismo jurídico es capaz de incorporar criterios de contenido para la determinación del derecho válido y mantener sin mayores complicaciones la tesis de la separación conceptual —o tesis de la separabilidad— entre el derecho y la moral, Coleman propone un “positivismo negativo”. Para fundamentar su posición, afirma que la tesis de la separabilidad entre el derecho y la moral puede ser fácilmente confundida con la ambigua afirmación de que el derecho de una comunidad es una cosa y su moralidad otra. Esta afirmación puede ser entendida de muchas maneras. Puede entenderse como un rechazo a cualquier posible convergencia entre las normas que forman el derecho y las normas que forman la moral, o como una afirmación sobre una posible identificación del derecho sin necesidad de recurrir a la moral de esa comunidad, o como la imposibilidad de que la moral sea una condición

verdadera para la determinación del derecho. Esta última interpretación es la que a juicio de Coleman, Dworkin hace del positivismo jurídico.

La polémica afirmación de que el derecho de una comunidad es una cosa y su moralidad otra, no necesita ser entendida como una afirmación de que en toda comunidad el derecho y la moral nunca convergen. Esta afirmación puede ser entendida como lo hace la tesis de la separabilidad, de forma tal que el derecho y la moral sean conceptualmente distinguibles, aunque no necesariamente inconexos. Es decir, para Coleman la tesis de la separabilidad entre el derecho y la moral sostiene que entre ambos no existe ningún tipo de vinculación necesaria, por más que puedan existir vinculaciones contingentes.⁴⁹⁵

En conclusión, la tesis de la separabilidad, entendida de forma negativa, como propone Coleman, afirma que “existe al menos un sistema jurídico concebible en el que la regla de reconocimiento no especifica a un principio de la moral entre las condiciones verdaderas para alguna proposición del derecho”.⁴⁹⁶ De esta forma, una regla de reconocimiento particular puede especificar a un principio moral como una condición para la validez de una o todas las normas sin violar la tesis de la separabilidad. Por todo esto, afirma que el positivismo jurídico es aceptable sólo con que podamos imaginarnos un sistema jurídico que no tenga un principio moral como condición de validez jurídica. A juicio de nuestro autor, este tipo de positivismo, está principalmente constituido por una tesis negativa que resulta “conceptualmente inatacable y descriptivamente exacta”,⁴⁹⁷ por esto no puede ser desafiada por contraejemplos.⁴⁹⁸

495 Cfr. Coleman, J., “Negative and Positive Positivism”, *cit.*, nota 205, p. 30.

496 *Ibidem*, p. 31.

497 Coleman, J., “Rules and Social Facts”, *cit.*, nota 295, epígrafe IV.

498 Cfr. Coleman, J., “Negative and Positive Positivism”, *cit.*, nota 205, p. 31. Si bien Coleman sostiene que esta tesis es inatacable y exacta, considera que no puede ser utilizada para caracterizar al positivismo jurídico porque cree que ningún teórico del derecho —sea o no positivista— la rechaza. Cfr. Coleman, J., *The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 152 (en adelante *POP*). De hecho, algunos iusnaturalistas, como John Finnis, parecen aceptar de algún modo esta tesis. Cfr. Finnis, J., “Natural law: The Classical Tradition”, en Coleman, J. y Shapiro, S. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, *cit.*, nota 141, pp. 1-60, especialmente en p. 14 y “The Truth in Legal Positivism”, en George, R. (ed.), *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1996, pp. 195-214, especialmente pp. 203 y 204. Desde una visión del positivismo jurídico diferente a la de Coleman, MacCormick sostiene que en algunos aspectos de la tesis de la separación no hay una gran diferencia entre la propuesta

2. *Un positivismo jurídico positivo basado en el convencionalismo*

Creendo haber superado el problema de la incorporación de criterios sustantivos de validez jurídica y su supuesta incompatibilidad con la tesis positivista de la separación conceptual entre el derecho y la moral, Coleman se propone dar un paso más y defender una concepción positi-

positivista y la iusnaturalista de Finnis. Para MacCormick, el hecho de que los positivistas sostengan la tesis de la separación entre el derecho y la moral no implica que sean amoralistas o que no se preocupen por la calidad moral del derecho positivo. A su juicio, Bentham es un ejemplo de esto. MacCormick, N., “Natural Law and the Separation of Law and Morals”, en George, R. (ed.), *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 106-109. En lo que respecta a la ley injusta, Greenawalt afirma que esta cuestión no separa a los positivistas de otras teorías que rechazan al positivismo. Cfr. Greenawalt, K., “Too Thin and Too Rich: Distinguishing Features of Legal Positivism”, en George, R., (ed.), *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*, citada en esta nota, pp. 8-11. Sin embargo, algunos autores, como Gardner, consideran que la tesis de la separabilidad —entendida de forma general— es absurda y nunca ha sido defendida por ningún filósofo del derecho prestigioso, porque existen muchas conexiones necesarias entre el derecho y la moral. A su juicio, con esta tesis Hart pretendió defender y formular la tesis social. Cfr. Gardner, J., “Legal Positivism: 5 ½ Myths”, *American Journal of Jurisprudence* 46 (2001), pp. 222-223. Por su parte, Green compara con Gardner la idea que sugiere la falsedad de la tesis de la separabilidad. Para este autor, esta tesis debe ser interpretada como si sugiriese que el derecho no necesariamente reproduce o satisface las demandas de la moral —tesis de la falibilidad—. Para este autor, la tesis de la falibilidad es importante y correcta, aunque no caracteriza al positivismo jurídico. Cfr. Green, L., “The Inseparability of Law and Morality” (2003) en XXI Congreso Mundial de Filosofía del derecho y Filosofía Social, Lund, http://www.ivr2003.net/workshop_abstracts/documents/Greenfulltext.pdf. En un sentido parecido a las aclaraciones de Gardner y Green, Raz afirma que la pregunta de si hay o no una conexión necesaria entre el derecho y la moral no sirve para diferenciar teorías del derecho como el positivismo jurídico o el iusnaturalismo porque no se puede negar que existan conexiones necesarias entre el derecho y la moral —por ejemplo, debido a que sólo los animales pueden tener relaciones sexuales, necesariamente una violación no puede ser cometida por el derecho—. Sin embargo, Raz sostiene que muchas de las afirmaciones sobre relaciones necesarias entre el derecho y la moral hechas por los teóricos del derecho son equivocadas —por ejemplo, las tesis que sostienen “la obligación general de obedecer” o “la obligación de obedecer los sistemas jurídicos justos o democráticos”—. En definitiva, Raz sugiere que si bien hay conexiones necesarias entre la moral y el derecho, las conexiones necesarias más importantes se relacionan con la perspectiva valorativa que nos informan cómo debe ser el derecho, en vez de cómo es. Cfr. Raz, J., “About Morality and the Nature of Law”, *American Journal of Jurisprudence*, 48, 2003, pp. 1-15. Otros autores, como Fűßer, sostienen que la tesis de la separabilidad es completamente ambigua y que los debates que la rodean no tienen sentido. Cfr. Fűßer, K., “Farewell to ‘Legal Positivism’: The Separation Thesis Unravelling”, en George, R. (ed.), *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*, citado en esta misma nota, p. 119 y 120. Por su parte, Alexy sostiene que esta tesis es falsa. Para fundamentar esta afirmación, el profesor alemán re-

va del positivismo jurídico, y no meramente una visión negativa, la cual parece decir poco sola.⁴⁹⁹

Una posible versión positiva del positivismo jurídico —la que Dworkin busca rebatir y por la que muchos positivistas insisten en distinguir entre el derecho y la moral— sostiene que la diferencia entre la moral y el derecho se basa en que la moral es inherentemente controvertida, mientras que el derecho provee a las personas de estándares concretos e

curre a dos argumentos: el argumento de la corrección y el argumento de la injusticia extrema. *Cfr.* Alexy, R., “The Nature of Arguments About the Nature of Law”, en Meyer, L., Paulson, S. y Pogge, T. (eds.), *Rights, Culture, and the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 9-16. En un sentido parecido, Honoré considera que las tesis positivistas de la separabilidad y la tesis fuerte de las fuentes sociales son falsas por ser incompatibles con el derecho positivo. A su juicio, el derecho —en todo sistema jurídico— pretende ser moralmente correcto. Por esto, siempre es posible argumentar contra las interpretaciones jurídicas moralmente indefendibles y existe una presión dentro del sistema jurídico para hacer que dicha interpretación sea moralmente defendible. De esta forma, para Honoré, la moral crítica se vuelve una fuente convincente de derecho. *Cfr.* Honoré, T., “The Necessary Connection between Law and Morality”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 22, núm. 3, 2002, pp. 489-495. Para Sánchez Fernández, la tesis central del ILP parece poner en tela de juicio las principales tesis —entre las cuales enumera la tesis de la separación— que históricamente ha defendido el positivismo jurídico. *Cfr.* Sánchez Fernández, L. M., “Ironías, falacias, perversiones, enigmas: sobre el positivismo y la tesis de la separación”, *Doxa*, 25, 2002, pp. 352-356. En un trabajo reciente, Morauta considera que la tesis positivista de la separación entre el derecho y la moral puede ser entendida de tres formas: como una afirmación analítica sobre la naturaleza del derecho —lo que cuenta como derecho en una sociedad es una cuestión de hechos sociales (tesis social)—; como una afirmación moral sobre el mérito del derecho —el derecho no tiene necesariamente un valor moral (tesis del valor moral)—; como la relación entre las afirmaciones analíticas y morales —la afirmación analítica correcta sobre la naturaleza del derecho no supone ninguna afirmación sustantiva sobre el valor moral del derecho (tesis de la neutralidad)—. Para este autor, Coleman interpreta la tesis de la separación como una afirmación analítica sobre la naturaleza del derecho. *Cfr.* Morauta, J., “Three Separation Thesis”, *Law and Philosophy* 23, núm. 2, 2004, pp. 111-135. Finalmente, Kramer parece resumir y aclarar muchas de las afirmaciones que se han expuesto anteriormente al advertir que es equivocado pensar que la respuesta positivista a la cuestión de la relación entre el derecho y la moral se resuelve sólo con una tesis. Así, señala que existen otras cuestiones relacionadas con este tema como por ejemplo el debate sobre la tradicional distinción entre el derecho que es y el que debe ser, o el debate sobre la función general del derecho, o el debate sobre la autoridad moral del derecho, entre otras cuestiones. Por esto, Kramer observa que la controversia entre el positivismo jurídico y el iusnaturalismo es más interesante y complicada que la tesis de la separabilidad expuesta por Coleman. *Cfr.* Kramer, M., *Where Law and Morality Meet*, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 230-236.

⁴⁹⁹ *Cfr.* Coleman, J., “Review: *Taking Rights Seriously*”, *cit.*, nota 204, p. 901.

incontrovertidos.⁵⁰⁰ A diferencia de la moral, el derecho es cognoscible y cierto, está formado por “hechos duros” que se expresan en reglas y no en principios, debido a que la juridicidad de las reglas depende solamente de caracteres formales y la de los principios depende de su contenido.

Desafortunadamente para los positivistas que defienden la tesis del “derecho como hechos duros”, el derecho es controvertido. A juicio de Coleman, Dworkin tiene razón en este punto. Por esto, y para no limitar el positivismo jurídico a una simple tesis negativa que no afirma nada sobre lo que es característico o verdadero del derecho en todo sistema jurídico, Coleman presenta otra versión del positivismo, en la cual el derecho no necesita ser incontrovertido, sino que es principalmente convencional. Una tesis positiva del positivismo jurídico, en la que la autoridad del derecho depende de su aceptación por los funcionarios.⁵⁰¹

A. Los argumentos de Dworkin contra un positivismo convencionalista

Para Coleman, contra una versión positivista como la que él propone —que considera al derecho como una convención—, Dworkin presenta cuatro tipos de argumentos que están relacionados entre sí.

La primera línea de crítica se basa en el “argumento de la regla social”, que sostiene que una teoría basada en una regla social no es capaz de proveer una adecuada teoría de la obligatoriedad o normatividad del derecho. De acuerdo con la teoría de las reglas sociales, la obligatoriedad del derecho deriva: (1) de la existencia de una práctica general de actuación; y (2) de que la norma que es construida por esta práctica sea aceptada desde un punto de vista interno, lo que implica que esta práctica sea tenida en cuenta como capaz de proveer razones para la acción y críticas para quienes se separan de la misma. Dworkin observa que esta definición de la normatividad del derecho parece insuficiente, ya que es incapaz de explicar cómo pueden encontrarse obligaciones más allá de las prácticas sociales, o incluso contrarias a algunas prácticas sociales. Coleman sostiene que la crítica de Dworkin es acertada si los positivistas sostienen que la teoría de las reglas sociales provee una adecuada visión sobre las fuentes de todas las obligaciones no institucionales o sobre el

⁵⁰⁰ Cfr. Coleman, J., “Negative and Positive Positivism”, *cit.*, nota 205, p. 32.

⁵⁰¹ *Ibidem*, p. 35.

significado de todas las afirmaciones sobre dichas obligaciones. Para nuestro autor, resulta claro que no todas las obligaciones impuestas por reglas son impuestas por reglas convencionales. No obstante, la pregunta no es si la teoría de las reglas sociales es adecuada para todas las obligaciones, sino si lo es para las obligaciones que poseen los jueces que se encuentran obligados por una regla de reconocimiento. Así, “una inadecuada teoría general sobre la obligación puede ser una adecuada teoría sobre la obligación judicial”.⁵⁰²

La segunda línea de argumentación ofrecida por Dworkin contra el positivismo —defendido por Coleman— es denominada “el argumento del pedigrí”. Con este argumento busca mostrar que la regla de reconocimiento que admita la incorporación de principios morales como condición de validez jurídica permitirá que la validez de las normas no dependa sólo de su pedigrí sino también de su contenido. El problema es que los estándares que no son de tipo pedigrí generan controversias que implican la ausencia de una práctica social. De esta manera, una regla de reconocimiento que hace referencia a la moral no podrá ser una regla social, por lo que en definitiva tampoco podrá ser una regla de reconocimiento en el sentido positivista. Una posible respuesta a esta crítica sostiene que solamente las reglas de reconocimiento que hacen referencia a cuestiones morales controvertidas fallan en su cometido, existiendo muchas otras reglas de reconocimiento que no son controvertidas y pueden cumplir con su finalidad. Sin embargo, esta respuesta no es satisfactoria, porque contraría la idea de que toda regla de reconocimiento posible es una regla social. Además, si esto no es verdadero, tampoco lo es la tesis de que el derecho es siempre convencional.

Una tercera crítica de Dworkin —llamada por Coleman “el argumento de la controversia”— sugiere que más allá de las condiciones específicas de validez que cada regla de reconocimiento establece, no podrá evitarse que surjan controversias en algunos de sus puntos. En concreto, Dworkin sostiene que incluso las reglas de reconocimiento no controvertidas poseen instancias o situaciones en que lo pueden ser. Como en estos casos o situaciones las reglas de reconocimiento igualmente imponen obligaciones, se puede decir que las obligaciones jurídicas existen también en los casos controvertidos, hecho que los positivistas parecen incapaces de explicar. Este argumento presupone que los jueces están obliga-

⁵⁰² *Ibidem*, p. 37.

dos por el derecho incluso en los casos controvertidos. Por ello, una respuesta positivista a esta crítica consiste en afirmar que cuando los jueces resuelven casos difíciles no están obligados por el derecho.

Finalmente, Dworkin advierte —por medio del “argumento moral”— que cuando los jueces resuelven los casos difíciles no citan la práctica o la opinión de otros jueces, porque estos casos son controvertidos y, por lo tanto, no existe una práctica a la que referirse. Por el contrario, los jueces suelen apelar a principios morales para resolver estos casos.⁵⁰³

B. *Réplica a los argumentos de Dworkin*

Contra estas argumentaciones, Coleman presenta su positivismo convencionalista. A fin de desarrollar su respuesta, Coleman imagina una regla de reconocimiento hipotética que establezca: “el derecho es todo lo que sea moralmente correcto”.⁵⁰⁴ Para Coleman, este tipo de regla de reconocimiento generará divergencias entre los jueces sobre qué estándares deben ser reconocidos como jurídicos. Sin embargo, no las generará sobre la aceptación de la regla de reconocimiento y su contenido. Los jueces pueden aceptar sin complicaciones una regla de reconocimiento de este tipo. Las complicaciones surgirán a la hora de establecer cuáles son las proposiciones que satisfacen las condiciones que establece tal regla de reconocimiento. Este problema, para Coleman, puede ser superado con una simple aclaración sobre cómo debemos entender la regla de reconocimiento. Esta puede ser entendida en un sentido epistémico o en un sentido semántico. En sentido epistémico, la regla de reconocimiento es un estándar que puede ser utilizado para identificar o descubrir el derecho de una comunidad.⁵⁰⁵ En sentido semántico, la regla de reconocimiento sólo especifica las condiciones que una norma debe satisfacer para ser parte del derecho de una comunidad. Esta ambigüedad del sentido de la regla de reconocimiento es, para Coleman, causa de grandes confu-

⁵⁰³ *Ibidem*, pp. 37-41.

⁵⁰⁴ *Ibidem*, p. 41.

⁵⁰⁵ Kenneth Himma analiza esta distinción y concluye que el sentido epistémico es más modesto de lo que suele suponerse. Para Himma, el sentido epistémico provee “como mucho” un medio para identificar concluyentemente los enunciados legislativos que dan origen a este tipo de derecho. De esta forma, sostiene que es falso que la tesis de pedigrí provea un test para decidir cuestiones sobre el derecho establecido. *Cfr.* Himma, K., “The Epistemic Sense of the Pedigrí Thesis”, *Pacific Philosophical Quarterly*, 80, núm. 1, pp. 46-63.

siones sobre algunas afirmaciones esenciales del positivismo jurídico. Para él, el positivismo jurídico está comprometido con el sentido semántico de la regla de reconocimiento.⁵⁰⁶ No obstante esta aclaración, Coleman continúa analizando el argumento de la controversia.

Una manera de interpretar el argumento de la controversia propuesto por Dworkin implica suponer que siempre que exista alguna controversia en la formulación de una regla, ésta no podrá ser convencional o social. Según Coleman, esta crítica resulta contraintuitiva, ya que todas las normas son vagas en algunos puntos, y su aplicación en algunos contextos es controvertida. Si se acepta esta interpretación de la crítica dworkiniana, ninguna regla será jamás una regla social.⁵⁰⁷

Otro modo de analizar la crítica dworkiniana sobre la controversia instalada en la regla de reconocimiento se encuentra relacionado con la incapacidad de las reglas sociales para explicar la obligatoriedad del derecho en los casos controvertidos. En estos casos, la teoría de las reglas sociales no parece poder explicar la obligación de los jueces de ofrecer la formulación correcta de la regla de reconocimiento.⁵⁰⁸

Coleman sintetiza esta interpretación del argumento de Dworkin contra el positivismo jurídico en cinco puntos: (1) Toda regla de reconocimiento es controvertida con relación a su alcance y, por lo tanto, también lo es sobre el alcance y la naturaleza de la obligación que impone. (2) Para resolver disputas sobre cuestiones controvertidas de una regla, los jueces están obligados a dar una respuesta correcta, como si no se tratara de una cuestión controvertida. (3) La teoría de la regla social, que requiere convergencia en el comportamiento como una condición para obligar, no logra que se cumpla con 2 en lo que respecta a las obligaciones de los jueces. (4) Por esto, el positivismo no puede hacerse cargo de las obligaciones de los jueces expuestas en el punto 2. (5) Entonces, sólo una teoría normativa del derecho en la que la tarea de los jueces dependa de argumentos morales —en vez de en prácticas sociales— puede cumplir con el deber judicial mencionado en el punto 2.⁵⁰⁹

Para Coleman, el positivismo jurídico puede responder que lo afirmado en el punto 2 no es verdadero. En casos como los descritos en el punto 2, los jueces están libres de usar su autoridad discrecionalmente —pa-

⁵⁰⁶ Cfr. Coleman, J., “Negative and Positive Positivism”, *cit.*, nota 205, p. 29.

⁵⁰⁷ *Ibidem*, p. 42.

⁵⁰⁸ *Idem*.

⁵⁰⁹ *Idem*.

ra Coleman esta es la respuesta propuesta por Hart—. Sin embargo, si se llega a la conclusión de que, en algunos sistemas jurídicos, los jueces tienen el deber de proveer una formulación particular de la regla de reconocimiento cuando surgen controversias sobre ésta, mientras que en otros sistemas jurídicos los jueces no tienen un deber semejante sino que gozan de discrecionalidad, tanto las teorías que defienden el punto 2 —Dworkin— como las que lo rechazan —Hart— están equivocadas.⁵¹⁰

Por esto, Coleman ofrece dos alternativas que considera viables a las respuestas anteriormente esbozadas. La primera alternativa es desarrollada en *Negative and Positive Positivism*. Según ésta, la teoría de la regla social restringe la obligación impuesta por una regla convencional al área de la práctica convergente. De este modo, no se sigue automáticamente de una controversia en la regla de reconocimiento que los jueces tengan discrecionalidad para decidir. Lo que cuenta no es que exista una controversia, sino que exista una práctica de los jueces sobre cómo resolver la controversia. Para saber si dicha práctica existe no hay que fijarse en la regla de reconocimiento disputada sino en la regla social formada por la práctica de los jueces al aplicar la regla de reconocimiento. En definitiva, la existencia de una obligación impuesta por una regla de reconocimiento disputada depende de que los jueces hayan creado una práctica aceptada para resolver tales controversias.⁵¹¹ Para Coleman, si Dworkin tiene razón y los jueces resuelven las cuestiones controvertidas de las reglas de reconocimiento apelando a principios morales, es solamente porque existe una práctica de resolver estas cuestiones de esa manera. Así, como Dworkin ha observado, pueden existir deberes jurídicos incluso en los casos controvertidos.⁵¹²

Por tanto, ni la existencia de controversias, ni la apelación a la moral por ciertos sistemas jurídicos como algo necesario para su resolución, son incompatibles con el derecho convencional positivista. Sin embargo, lo que Dworkin intenta demostrar es que la autoridad de la regla de reconocimiento no descansa en una práctica, sino en argumentos morales correctos. Por lo que la existencia de obligaciones jurídicas, incluso en los casos controvertidos, es para Dworkin una característica necesaria del

⁵¹⁰ *Ibidem*, p. 43.

⁵¹¹ *Idem*.

⁵¹² *Ibidem*, p. 44.

derecho.⁵¹³ A juicio de Coleman, la existencia de este tipo de deberes es claramente contingente, como también lo es el deber de resolver disputas apelando a argumentos morales. Para él, es posible imaginar sistemas jurídicos inmaduros en los que todavía no existe una práctica desarrollada, para los cuales existe la discrecionalidad judicial. En este tipo de sistemas, la resolución de estas cuestiones con discrecionalidad puede hacer surgir una práctica que será obligatoria cuando sea extensa y críticamente aceptada.⁵¹⁴

La segunda alternativa afirma que un deber semejante al observado en el punto 2 puede ser admitido en algunos casos. Esto implica que debe abandonarse la teoría de la regla social según la cual el alcance y la naturaleza de un deber están completamente especificados por prácticas convergentes en favor de una teoría en la que las reglas convencionales o sociales dan origen a los deberes. La primera vez que Coleman presenta este argumento lo hace de forma sintética. Sin embargo, unos años después, en su trabajo “On the Relationship between Law and Morality”,⁵¹⁵ vuelve sobre esta argumentación a fin de desarrollarla detenidamente. Con esta finalidad, Coleman afirma que el derecho frecuentemente resuelve problemas sociales de coordinación de comportamientos, lo que permite que se pueda convivir de forma pacífica y provechosa.⁵¹⁶ A su juicio, el derecho convencional es capaz de crear obligaciones morales debido a que esta convención genera una expectativa legítima y estable sobre el comportamiento de los demás. La obligatoriedad del derecho se fundamenta en que el incumplimiento de estas expectativas perjudica y pone en peligro a quienes forman parte de estas convenciones de coordinación.⁵¹⁷ Por esto, cada miembro de la sociedad está moralmente obligado a cumplir con la convención y de esta forma evita que se frustren injustamente expectativas legítimas de terceros.⁵¹⁸

⁵¹³ *Ibidem*, p. 45.

⁵¹⁴ *Ibidem*, p. 46.

⁵¹⁵ Coleman, J., “On the Relationship between Law and Morality”, *Ratio Juris*, 2, núm. 1, 1989, pp. 66-78.

⁵¹⁶ *Ibidem*, p. 77.

⁵¹⁷ La idea de que la fuerza normativa del derecho depende de su función social de coordinación también ha sido defendida por Postema. *Cfr.* Postema, G., “Coordination and Convention at the Foundations of Law”, *The Journal of Legal Studies*, XI, 1982, pp. 165-203.

⁵¹⁸ *Cfr.* Coleman, J., “On the Relationship between Law and Morality”, *cit.*, nota 515, p. 76.

En síntesis, las obligaciones impuestas por las reglas sociales o convenciones son el resultado de las expectativas que surgen del esfuerzo por coordinar los comportamientos. Así, la importancia de garantizar las expectativas se extiende sobre el área de las prácticas convergentes, en cuyo caso la obligación que surge de una regla social puede cubrir tanto casos controvertidos como los no controvertidos.⁵¹⁹

De esta manera, Coleman busca crear una versión del positivismo jurídico que acepte la controversialidad de algunos razonamientos jurídicos, negando que sea incompatible con el postulado de la teoría convencionalista.

3. *La objetividad del derecho*

Coleman ofrece una interpretación particular sobre la objetividad del derecho, que parte del concepto de objetividad que a su juicio puede ser atribuido a Dworkin, y que se encuentra entre una visión de la objetividad que denomina “mínima” y otra que llama “fuerte”.

Resulta conveniente comenzar por distinguir entre las posiciones que niegan la objetividad del derecho y quienes sostienen que ésta es posible, aunque se admita esta posibilidad desde diferentes perspectivas. Esta aclaración nos permitirá distinguir las posiciones objetivistas de las subjetivistas. Para una visión objetivista es posible diferenciar lo que *parece correcto* de lo que realmente *es correcto*. Por el contrario, las visiones subjetivistas niegan esta distinción. Para estas últimas, decir que algo *es correcto* simplemente significa decir que *parece correcto* a quien realiza esa afirmación. Esta posición es denominada *protagoriana*, ya que sugiere que cada individuo es la medida de todas las cosas.⁵²⁰

Antes de continuar analizando el concepto de objetividad, Coleman precisa que pueden observarse dos dimensiones de la objetividad del derecho: la objetividad metafísica, según la cual el derecho es objetivo cuando existen respuestas correctas para el ámbito jurídico; y la objetividad epistémica —o procedimental—, según la cual el derecho es epistémicamente objetivo si los mecanismos —o procedimientos— para des-

⁵¹⁹ Cfr. Coleman, J., “Negative and Positive Positivism”, *cit.*, nota 205, p. 43.

⁵²⁰ Cfr. Coleman, J. y Leiter, B., “Determinacy, Objectivity, and Authority”, Marmor, A. (ed.), *Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 252.

cubrir las respuestas jurídicas no son distorsionados por elementos que las oscurezcan. Coleman se centra solamente en la objetividad metafísica, debido a que sólo intenta proveer una teoría analítica del derecho —es decir, una visión filosófica de la práctica jurídica— y considera que “nuestra visión preteórica implica que nuestro discurso jurídico presupone un tipo de objetividad metafísica”.⁵²¹

Realizada esta aclaración, Coleman presenta dos posibles concepciones de la objetividad. La objetividad metafísica “fuerte” es la doctrina que sugiere que lo que *parece correcto* nunca determina lo que *es correcto*. Es decir, que el objeto o el sentido u objetivo de un enunciado nunca dependerá de quienes lo interpretan o consideran. A esta concepción de la objetividad también se la ha denominado objetivismo “realista” y se la ha presentado como una visión platónica opuesta al subjetivismo. La objetividad metafísica “mínima” ocupa un espacio intermedio entre la subjetividad y la objetividad “fuerte”. Según esta concepción de la objetividad, lo que parece correcto para la mayoría de una comunidad determina lo que es correcto. Se diferencia del subjetivismo por sustituir al individuo como medida de todas las cosas, otorgando ese poder a la comunidad entendida como un todo. Como puede observarse, si bien esta posición no es subjetivista, sí es claramente antirrealista.⁵²²

Analizadas estas posibles concepciones de la objetividad, Coleman observa la insuficiencia de ambas. Con referencia a las visiones objetivistas fuertes, éstas se caracterizan por afirmar un conjunto de tesis que se encuentran en mutua tensión. La primera de dichas tesis sostiene la independencia de los hechos con respecto a nuestro acceso epistémico a éstos; la segunda sugiere la posibilidad de garantizar el conocimiento de estos hechos. Para Coleman, el problema es que si la existencia de los hechos jurídicos es independiente de todo lo que creen los juristas y jueces, ¿cómo harán los jueces para tener acceso a ellos?⁵²³ La concepción objetivista minimalista tampoco parece capaz de superar todas las objeciones que le son opuestas. La primera objeción está relacionada con la dificultad de esta concepción minimalista para explicar la posibilidad de un error global o de gran escala. La segunda se refiere a la incapacidad de esta versión de la objetividad para explicar los desacuerdos racionales

⁵²¹ *Ibidem*, p. 247.

⁵²² *Ibidem*, pp. 252-256.

⁵²³ *Ibidem*, pp. 256 y 257.

que no se encuentran solucionados por una convención. La tercera y última réplica es denominada “el problema de la ideología dominante” y sugiere que la indeterminación del significado de los objetos es reparada por las prácticas ideológicas y culturales jerárquicamente dominantes.⁵²⁴

Frente a la insuficiencia de las concepciones mínimas y fuertes, Coleman sugiere un nuevo tipo de objetividad que denominará “modesta”,⁵²⁵ a la que considera capaz de superar las dificultades de las otras concepciones de la objetividad. Según esta teoría, “lo que parece correcto bajo «condiciones epistémicas ideales» determina lo que es correcto”.⁵²⁶ Con este tipo de objetividad no se intenta proponer una teoría general de la objetividad aplicable a todo en todos los ámbitos. Es decir, se puede pensar que la objetividad fuerte es aplicable a objetos físicos como una silla, y defender que la objetividad modesta es apropiada para los conceptos del ámbito jurídico. No obstante, Coleman reconoce que toda concepción de la objetividad —fuerte, modesta o mínima— implica renunciar a la dependencia de una entidad respecto de nuestra subjetividad, es decir, de nuestros prejuicios, creencias, ideologías, etcétera.⁵²⁷

La objetividad modesta busca extraer la subjetividad que media entre uno y el objeto del mundo que uno concibe, para lograr una cierta independencia de las tendencias subjetivas existentes. Sin embargo, este tipo de objetividad no requiere una extracción absoluta de todos los aspectos subjetivos de la experiencia humana.⁵²⁸ Esta versión afirma que la objetividad de un concepto como el de derecho “presupone una práctica coherente respecto al uso de ese concepto. Sólo esas prácticas pueden admitir condiciones ideales de observación o juicio”.⁵²⁹

524 Adviértase que Coleman no sugiere que estos cuestionamientos al convencionalismo no tengan ninguna respuesta posible. *Cfr. ibidem*, p. 260-263, especialmente la n. 141.

525 La propuesta de “objetividad modesta” de Coleman ha sido criticada, entre otros autores, por Schiavello, A., “Modest objectivity ed interpretazione del diritto”, *Comunicazione: convegno “VII Colloquio internazionale italo-spagnolo su Il Ragionamento giuridico”*, Trapani, 22-23, septiembre de 2000 y Massini Correas, C. I., “La objetividad en la interpretación jurídica. La objetividad *modesta* y sus problemas” (*pro manuscripto*), 2005.

526 Coleman, J. y Leiter, B., “Determinacy, Objectivity, and Authority”, *cit.*, nota 520, p. 263.

527 *Ibidem*, pp. 265 y 266.

528 *Ibidem*, p. 266.

529 *Ibidem*, p. 270.

Aclara Coleman que esta concepción objetiva modesta es diferente de cualquier forma de convencionalismo. A su juicio, existe una diferencia entre afirmar que la naturaleza de un objeto es determinada por lo que la comunidad cree acerca de ese objeto —convencionalismo u objetividad mínima— y decir que la naturaleza de un objeto es determinada por lo que la gente creería sobre éste bajo condiciones epistémicas ideales.⁵³⁰ Para él, en casos como éstos no existe otra posibilidad que la de intentar explicar los conceptos que figuran en nuestras prácticas. Esto no significa incurrir en el convencionalismo, ya que, si bien las prácticas pueden ser convencionales, pueden al mismo tiempo estar vinculadas con conceptos que trascienden lo convencional.⁵³¹ Además, las condiciones epistémicas ideales no son establecidas por convenciones, sino que “son presupuestos por la práctica que envuelve al concepto”.⁵³²

Trasladando esta argumentación al fenómeno jurídico, Coleman sugiere que un hecho jurídico modestamente objetivo es lo que los jueces dicen que es, bajo condiciones epistémicas ideales. Las condiciones ideales sobre las que se puede hacer un juicio jurídico objetivo parecen, a su juicio, simples de especificar, a diferencia de lo que sucede con la moral. Para Coleman, el juez ideal debe: (1) Estar completamente informado de las cuestiones fácticas relevantes y de todas las fuentes autoritativas —normas, decisiones previas—. (2) Ser completamente racional —por ejemplo, observar las leyes de la lógica—. (3) Ser libre de parcialidades personales a favor o en contra de alguna de las partes. (4) Ser máximamente empático e imaginativo cuando un caso requiera, por ejemplo, sopesar intereses. (5) Ser versado en y sensible con el conocimiento informal, cultural y social que sea necesario para el razonamiento analógico. De esta forma, un juicio jurídico realizado bajo estas condiciones fijaría qué es el derecho para este asunto.⁵³³ Según Coleman, este concepto de objetividad es el que permite explicar mejor la práctica jurídica,⁵³⁴ ya que parece capaz de ofrecer una “concepción normativa de objetividad en el sentido de que provee un criterio para determinar si una adjudicación es legítima o justificable”.⁵³⁵ A su juicio, Dworkin y la mayoría de

⁵³⁰ *Idem.*

⁵³¹ *Idem.*

⁵³² *Ibidem.*, p. 271.

⁵³³ *Ibidem.*, p. 272.

⁵³⁴ *Ibidem.*, p. 271.

⁵³⁵ *Idem.*

la teoría jurídica contemporánea se encuentran comprometidos con esta concepción de la objetividad, aunque sea de modo implícito.⁵³⁶

Debido a que Coleman admite la posibilidad de que la moral sea incorporada al derecho como criterio para determinar la validez jurídica de las normas, resulta especialmente interesante aclarar lo que piensa sobre la objetividad de la moral. Sobre esta cuestión, si bien parece que su versión de la objetividad modesta puede ser aplicable a los conceptos morales, aclara que las “propiedades pueden ser modestamente objetivas sólo si son lo suficientemente coherentes para permitirnos identificar cuáles son las condiciones bajo las cuales los juicios sobre esas propiedades fijarán su existencia y su carácter”.⁵³⁷ Para Coleman, no está claro si esto puede afirmarse de las propiedades morales.⁵³⁸ Por ello, sostiene que esta cuestión sería extremadamente relevante si la verdad de las proposiciones jurídicas normalmente dependiese de la veracidad de los juicios morales. Es decir, si existiese una conexión en sentido fuerte entre la objetividad del derecho y la objetividad de la moral.⁵³⁹

En este punto, Coleman resulta poco claro. Por un lado, dice que el positivismo jurídico “puede ser interpretado como la afirmación de que las condiciones de veracidad de las sentencias jurídicas típicamente no implica la veracidad de los juicios morales”.⁵⁴⁰ No obstante, especifica en una nota aclaratoria sobre dicha afirmación que ésta no es la concepción de positivismo que él defiende.⁵⁴¹ A modo de aclaración, Coleman confiesa en otra nota que duda que la moral sea objetiva tanto de un modo fuerte como de forma modesta.⁵⁴²

Al margen de estas afirmaciones confusas, reafirma su positivismo y rechaza la idea de que la verdad de las afirmaciones jurídicas depende invariablemente o comúnmente de la veracidad de algunas afirmaciones morales. Por esto, cree que no es necesario preguntarse si la moral puede ser modestamente objetiva, porque resulta “suficiente si el derecho lo es”.⁵⁴³ Según Coleman, a diferencia del positivismo, Dworkin acepta la

⁵³⁶ *Ibidem*, pp. 273-276.

⁵³⁷ *Ibidem*, p. 268.

⁵³⁸ *Idem*.

⁵³⁹ *Idem*.

⁵⁴⁰ *Idem*.

⁵⁴¹ *Idem*, n. 143.

⁵⁴² *Ibidem*, p. 269, n. 153.

⁵⁴³ *Ibidem*, p. 269.

objetividad modesta tanto del derecho como de la moral. A su vez, Coleman no afirma que haya respuestas correctas para todas las disputas jurídicas —a diferencia de Dworkin—, pero como sostiene la objetividad del derecho, se “compromete con la objetividad de las afirmaciones que sugieren que hay respuestas correctas para las disputas jurídicas”.⁵⁴⁴

Por último, es preciso resaltar que Coleman reconoce que, antes de presentar su versión de la objetividad modesta, había defendido una especie de objetividad mínima a la que denomina de segundo orden.⁵⁴⁵ Este tipo de convencionalismo es diferente a la caracterización que Dworkin hace de Hart. La versión original de la objetividad mínima sostiene que las reglas o prácticas sociales, en caso de tener que explicar los desacuerdos teóricos, son fijadas (*fixed*) por los comportamientos convergentes. La alternativa que Coleman propuso en su momento consistía en que la existencia de la práctica social dependiera de comportamientos convergentes, pero que el contenido de esa práctica, lo que se requiere en los casos particulares, no tenía por qué ser fijado por la práctica convergente. De esta manera, cabe diferenciar dos tipos de prácticas convergentes: la primera especifica el contenido central de la práctica; la segunda, expresa una comprensión compartida del tipo de práctica que el comportamiento expresa o ejemplifica. El contenido de la regla es determinado por esta comprensión compartida y no por el comportamiento compartido.⁵⁴⁶

Coleman reconoce que la versión de la objetividad que propuso en “Negative and Positive Positivism” puede no ser la más adecuada para el derecho; sin embargo, sostiene que es el tipo de objetividad con la que el positivismo sofisticado se había comprometido. Lo que sucede es que “no importa cuán sofisticado sea el convencionalismo, pues seguirá siendo convencionalismo al final”.⁵⁴⁷

4. *Los problemas de la autoridad del derecho*

Consciente de que uno de los problemas centrales que debe resolver cualquier teoría del derecho es la fundamentación de su autoridad, Cole-

⁵⁴⁴ *Ibidem*, n. 153.

⁵⁴⁵ *Cfr.* Coleman, J., “Negative and Positive Positivism”, *cit.*, nota 205, pp. 41-46.

⁵⁴⁶ *Cfr.* Coleman, J., “Truth and Objectivity in Law”, *Legal Theory*, 1, núm. 1, 1995, p. 65.

⁵⁴⁷ *Ibidem*, p. 66.

man decide avanzar sobre esta cuestión analizando los diferentes problemas filosófico-jurídicos que plantea un concepto de este tipo.

En dos trabajos de 1995, titulados “Determinacy, Objectivity, and Authority”⁵⁴⁸ y “Truth and Objectivity in Law”⁵⁴⁹ Coleman vincula el problema de la objetividad y la determinabilidad del derecho con el de la legitimidad de la autoridad del derecho. En estos trabajos, ofrece su visión sobre la objetividad y la determinabilidad del derecho a modo de respuesta frente algunas de las críticas contra el liberalismo procedentes de los *Critical Legal Studies*.

Un segundo acercamiento por parte de Coleman al tema de la autoridad del derecho, vincula a ésta con los desafíos que la versión raziana del positivismo jurídico supone contra un positivismo —como el que propone Coleman— que admite la incorporación de valores morales como criterios para la determinación del derecho válido.

A continuación se reflejarán los diferentes caminos por los cuales Coleman se aproxima al problema de la autoridad del derecho.

A. Objetividad, determinabilidad y autoridad del derecho

El movimiento *Critical Legal Studies* afirma que el liberalismo parece estar comprometido con la idea de que el derecho debe ser objetivo, determinado y neutral. Para este movimiento, estos elementos ideales del derecho no se dan en la práctica jurídica. Contra esta crítica, Coleman busca ofrecer una visión alternativa capaz de presentar al liberalismo como una visión defendible de la práctica jurídica y política,⁵⁵⁰ si bien, a su juicio la respuesta a esta crítica le sirve para desarrollar con detalle la re-

548 Coleman, J. y Leiter, B., “Determinacy, Objectivity, and Authority”, *cit.*, nota 520, pp. 203-278.

549 Coleman, J., “Truth and Objectivity in Law”, *cit.*, nota 546, pp. 33-68.

550 Coleman ha desarrollado esta cuestión en un trabajo firmado en coautoría con Brian Leiter. Ahora bien, ambos autores no comparten exactamente una misma versión de positivismo jurídico. Esta aclaración tiene dos finalidades concretas. Por un lado, advertir al lector que algunas propuestas que son presentadas como creadas por Coleman también lo son de Leiter. Por otra, hacer notar que la coautoría de algunas propuestas hace que resulte confuso qué opina exactamente cada uno sobre algunas cuestiones muy puntuales. *Cfr.* Coleman, J. y Leiter, B., “Determinacy, Objectivity, and Authority”, *cit.*, nota 520, p. 203.

lación de la objetividad y la determinabilidad del derecho con la teoría política liberal y con la legitimidad de la autoridad del derecho.⁵⁵¹

Dos son las respuestas de Coleman frente a la crítica de los *Critical Legal Studies*. La primera sostiene que la visión liberal de la práctica jurídica y política no está comprometida con la determinabilidad jurídica. Por el contrario, Coleman sostiene que el liberalismo parece estar comprometido con otros ideales políticos, como son la necesidad de que la coerción política esté justificada, la oportunidad de que los individuos puedan actuar conforme a las exigencias del derecho, el hecho de que las instituciones deban realzar la autonomía y el bienestar, o que las reglas democráticas deban ser posibles. Como puede observarse, ninguno de estos ideales políticos está comprometido con la determinabilidad del derecho, en el sentido de que éste deba garantizar resultados únicos. Por todo esto, concluye que la determinabilidad del derecho no es parte del concepto liberal de derecho. La segunda respuesta, si bien admite que la objetividad del derecho es parte del concepto de derecho liberal, busca probar que esta característica del derecho es parte de la práctica jurídica. Para esto, ofrece su concepción de la objetividad jurídica denominada objetividad “modesta”.⁵⁵²

Junto con esta defensa a la teoría política liberal y su desarrollo de la objetividad “modesta”, Coleman observa que el derecho no puede poseer autoridad si no es en alguna medida objetivo. Para él, es preciso ofrecer una visión del derecho, de la naturaleza de los hechos jurídicos, según la cual estos hechos son más que meros informes sobre los juicios o creencias particulares de algún juez. Por todo ello concluye que “nuestra concepción ordinaria de la autoridad jurídica presupone algunas formas de objetividad metafísica con respecto a los hechos jurídicos”.⁵⁵³

Coleman llega a esta conclusión observando las diferentes relaciones que existen entre la objetividad del derecho, la objetividad de la moral, el tipo de relaciones que existen entre el derecho y la moral, y la autoridad del derecho. Su razonamiento parte de tres afirmaciones. La primera afirmación sostiene el no cognitivismo (*noncognitivism*) ético. Es decir, afirma que el discurso moral no es proceso de conocimiento, por lo cual las afirmaciones morales no son ni verdaderas ni falsas. La segunda afirma-

⁵⁵¹ *Ibidem*, p. 207.

⁵⁵² *Ibidem*, p. 277.

⁵⁵³ Coleman, J., “Truth and Objectivity in Law”, *cit.*, nota 546, p. 46.

ción sostiene que el discurso jurídico se encuentra conceptualmente conectado al discurso moral (*relationalism*). La tercera afirmación sostiene la autoridad del derecho. Para este autor, estas tres afirmaciones no pueden ser sostenidas a la vez de forma consistente. Así, se observa que si bien el no cognitivismo ético puede ser sostenido junto con el “relacionalismo”, la conjunción de estas afirmaciones deriva en un no cognitivismo jurídico que atenta contra la legitimidad de la autoridad del derecho. Por otra parte, se puede mantener el no cognitivismo ético y la autoridad del derecho, aunque a costa del “relacionalismo”; o se puede mantener el “relacionalismo” y la autoridad del derecho a expensas del no cognitivismo ético. Esta última opción es la que parecen adoptar algunos iusnaturalistas. Como para Coleman los positivistas pueden aceptar o rechazar el cognitivismo ético, el positivismo jurídico rechaza el “relacionalismo”. De hecho, debido a que el positivismo jurídico rechaza el “relacionalismo” algunos positivistas no cognitivistas éticos pueden mantener su adhesión a la posibilidad de la autoridad del derecho. Además, a su juicio es posible que las críticas contra la autoridad del derecho basadas en un no cognitivismo del discurso jurídico, puedan estar motivadas por un compromiso con un no cognitivismo ético y con el “relacionalismo”.⁵⁵⁴

En síntesis, Coleman sostiene que para que “las afirmaciones sobre la autoridad del derecho sean legítimas, el discurso jurídico debe ser cognoscible...”.⁵⁵⁵

B. Incorporationism y *teoría raziana de la autoridad*

Una vez superados los problemas que las críticas de Dworkin plantean al positivismo jurídico convencionalista, Coleman busca terminar de despejar el camino a su propuesta respondiendo a los ataques recibidos por parte de Raz con su argumento sobre la autoridad del derecho.

El problema que supone esta visión de la autoridad jurídica para un positivismo como el que Coleman pretende defender es que presupone la versión fuerte de la tesis de las fuentes. Esta tesis impone al contenido de la regla de reconocimiento límites incompatibles con una versión del positivismo jurídico como la que Coleman propone. Lo que se hace necesari-

⁵⁵⁴ *Ibidem*, p. 36.

⁵⁵⁵ *Idem*.

rio, entonces, es compatibilizar la teoría de la autoridad de Raz con el incorporacionismo.

Para Coleman, Raz considera que la incorporación de la moral a la regla de reconocimiento requiere descubrir las razones —morales— que justifican la norma, y que si las personas deben indagar en las razones dependientes que las normas buscan reemplazar o excluir para que pueda determinarse qué es derecho, entonces el derecho no podría cumplir con ese papel de mediador. No obstante, Coleman no cree necesario que su incorporacionismo requiera descubrir las razones justificadoras de las normas. A su juicio, una regla de reconocimiento puede incorporar la moral en el derecho, por ejemplo especificando que sólo las normas que traten justamente a las personas pueden ser derecho válido. No obstante, una regla de reconocimiento como ésta que expresa un test valorativo no dirige a las personas hacia las razones dependientes que justifican cada norma en particular. En síntesis, las consideraciones valorativas que se aplican a la validez jurídica de una regla no necesitan coincidir con aquellas que se aplican a los méritos de una regla.⁵⁵⁶

Otra razón para creer que la visión raziana sobre la autoridad del derecho es incompatible con el positivismo que Coleman defiende sugiere que el derecho tiene autoridad sólo cuando los individuos que actúan con base en él logran cumplir de mejor manera las demandas de la recta razón, que si lo hacen de otro modo. Para esto, los individuos deben saber lo que el derecho requiere de ellos. Ello significa que la regla de reconocimiento les sea accesible. No obstante, una regla de reconocimiento que permite la incorporación de la moral como criterio de validez jurídica resulta problemática porque transforma al derecho en algo incomprensible para los ciudadanos ordinarios. Como puede observarse, para esta visión, si el derecho no sirve como guía para sus acciones, pierde su autoridad.⁵⁵⁷

Para demostrar la falsedad de este argumento, Coleman observa que en general las personas comunes tienden a saber lo que es derecho en la mayoría de las cuestiones, sin ser capaces de formular, aunque sea a grandes rasgos, la regla de reconocimiento. A partir de este hecho, se concluye que la regla de reconocimiento no es necesaria para las personas comunes. Por esto no parece necesario limitar el contenido de la re-

⁵⁵⁶ Coleman, J., "Authority and Reason", en George, R. P. (ed.), *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*, cit., nota 498, p. 306.

⁵⁵⁷ *Ibidem*, p. 307.

gla de reconocimiento, como la concepción raziana de la autoridad sugiere. Para que el derecho posea autoridad debe haber una regla de identificación. Esto implica que sólo existe un problema para el positivismo de Coleman si la regla de identificación y la de reconocimiento deben ser la misma, lo que a su juicio no necesita ser así y, de hecho, generalmente no lo es.

Para Coleman, desde que la mayoría de las personas comunes son capaces de determinar el derecho que los obliga, y sin embargo pocos o ninguno puede formular la regla de reconocimiento, no parece que esta regla sea la regla de identificación.⁵⁵⁸

En síntesis, la regla de identificación no necesita ser la regla de la validez —la regla de reconocimiento—. La primera debe ser un indicador confiable de la segunda. Sin embargo, a juicio de Coleman, esto no implica que ambas deban poseer el mismo tipo de restricciones.⁵⁵⁹

Como Coleman pretende compatibilizar su incorporacionismo con el argumento de la autoridad de Raz, también se ocupa de defender esta visión de la autoridad. Por ejemplo, analiza una objeción que sugiere: (1) como la autoridad del derecho depende de su capacidad para hacer posible que un agente pueda cumplir con las demandas de la recta razón (*right reason*); y (2) las demandas de la recta razón son las demandas de la moral; entonces (3) la autoridad del derecho depende de su moralidad, lo que parece derivar en una concepción iusnaturalista de la autoridad. Para Coleman, el error de esta objeción surge al identificar las demandas de la recta razón con las demandas de la moral. La recta razón se refiere a la clase de razones que se aplican a los agentes. El argumento de la autoridad del derecho es independiente del contenido de esa clase de razones.⁵⁶⁰ No obstante, aun cuando las demandas de la recta razón sean idénticas a las de la moral, para Coleman el argumento de la autoridad del derecho no dependerá de la corrección o veracidad de los principios morales, sino de la eficacia del derecho para hacer posible a los individuos el cumplimiento de las exigencias que estos principios imponen.⁵⁶¹ Esta respuesta puede inducir a pensar que entonces la autoridad del derecho es una cuestión de utilidad, entendida como eficacia. Sin embargo, para Coleman esto no es necesariamente verdadero, porque algunas demandas de la recta razón

⁵⁵⁸ *Ibidem*, p. 308

⁵⁵⁹ *Ibidem* y n. 17.

⁵⁶⁰ *Ibidem*, p. 309.

⁵⁶¹ *Ibidem*, pp. 309 y 310.

pueden requerir que se obre de forma tal que la utilidad disminuya, y el derecho seguirá siendo eficaz con relación a nuestros esfuerzos para cumplir con esas razones. Por último, Coleman aclara que esta respuesta tampoco implica que la autoridad del derecho esté comprometida con una visión contractualista. A su juicio, estas son posibilidades que surgen porque esta visión de la autoridad del derecho es general y, por lo tanto, compatible con varias teorías políticas, sin poder ser reducida a ninguna de ellas.⁵⁶²

Para finalizar, Coleman observa que la visión de la autoridad propuesta por Raz no presupone una concepción particular sobre las clases de razones. Esto no implica que el derecho no pueda crear o afectar a las razones para actuar. Para aclarar estas afirmaciones argumenta con el siguiente ejemplo: el hecho de que exista un deber moral de justicia correctiva para hacer un bien cuando una conducta genera pérdidas injustas depende de lo que la práctica jurídica existente establezca para una situación como ésa. Por ejemplo, si el Estado reembolsa a los accidentados por medio de un fondo especial existente para este fin, quien o quienes causaron la pérdida injusta a otros no poseen ningún deber de justicia correctiva de reparar la pérdida injusta. Pueden tener el deber de cumplir con otras obligaciones, como disculparse, pero no existe ninguna razón moral para que tengan que reparar dicha pérdida.⁵⁶³

El problema surge llegado el momento de determinar esta clase de razones morales. Frente a esta cuestión, afirma que se puede ser realista o contractualista. Sin embargo, los convencionalistas —como se autocalifica— rechazan tanto el realismo como el contractualismo, y adoptan una visión que sugiere que estas razones derivan de las prácticas humanas. Según Coleman, “la práctica de dar razones es pública y ella misma presupone los valores morales de la autonomía y la igualdad”.⁵⁶⁴ Para él, el compromiso con la igualdad deriva del hecho de que una práctica de ofrecer razones y críticas sólo puede surgir entre personas que creen que deben justificar sus acciones ante los demás. En cambio, el compromiso con la autonomía se remite a la idea de que los individuos pueden responder a razones y argumentos, y que los juicios de otros están formados como resultado de reflexionar acerca de las razones ofrecidas. En síntesis, sugiere que las razones que se nos aplican son parcialmente determi-

⁵⁶² *Ibidem*, p. 311.

⁵⁶³ *Idem*.

⁵⁶⁴ *Ibidem*, p. 312.

nadas por una práctica social o pública consistente en dar razones, en ofrecer justificaciones que se someten al escrutinio público. Esta práctica supone ideales morales que no derivan su autoridad de la práctica de la justificación pública, pero sí del hecho de que son presupuestos por esa práctica.⁵⁶⁵

Así, las razones que se aplican a los agentes —desde una visión convencionalista— derivan de nuestras prácticas normativas. Una parte esencial de estas prácticas ofrece justificaciones para lo que hacemos, invita a la crítica, a la reflexión, etcétera. Estas prácticas presuponen los ideales de autonomía e igualdad como se acaba de ver. Por esto, las razones que se nos aplican derivan de prácticas que reflejan estos ideales. Esta importante característica es parte de la explicación del por qué las razones derivadas de nuestra práctica normativa se nos aplican y son obligatorias. Para Coleman, la relación entre el derecho y las razones —y en definitiva con su autoridad— es de dos tipos. *Ex ante*, el derecho ayuda a crear prácticas sociales con las que el grupo de razones que se nos aplican son determinadas; y *ex post*, el derecho hace posible que los agentes cumplan más adecuadamente con las demandas que esas razones imponen.⁵⁶⁶

El único problema que queda por resolver deriva del hecho de que si bien Coleman siempre afirmó que los valores morales podían formar parte del derecho sólo si son incorporados a él por medio de la regla de reconocimiento, valores o ideales morales como la autonomía y la igualdad parecen formar parte del derecho sin ser incorporados por esta regla. Ante esto se defiende respondiendo que no pretende presentar estos valores como derecho válido, sino como valores necesarios para que el derecho tenga autoridad. Para Coleman, no es la corrección de estos valores lo que los hace derecho, sino el hecho de ser presupuestos por las prácticas públicas relevantes.⁵⁶⁷

5. Algunas precisiones finales

El incorporacionismo de Coleman se encuentra formado por la tesis positivista negativa y por la tesis positivista positiva. Es decir, su versión

⁵⁶⁵ *Ibidem*, p. 313.

⁵⁶⁶ *Idem*.

⁵⁶⁷ *Ibidem*, p. 314.

del positivismo jurídico se concreta en dos amplias afirmaciones: “Primero, no es necesario para todos los sistemas jurídicos que para que una norma sea jurídica tenga que poseer un valor moral —lo que Coleman denomina «negative positivism»—; y segundo, lo que hace que una norma cuente como jurídica en cualquier sociedad particular es fundamentalmente una cuestión de *convención social*”.⁵⁶⁸ De esta manera, admite la posibilidad de que una convención establezca que el valor moral de una norma sea condición de su validez jurídica. Para nuestro autor, los positivistas no niegan la posibilidad de que haya un entrecruzamiento entre el derecho de una comunidad y su moral. Incluso una convergencia total entre el derecho y la moral no violaría la tesis de la posible separabilidad.⁵⁶⁹

El positivismo incorporacionista respeta, a juicio de Coleman, las dos ideas centrales que comparten todos los positivistas. Primero, que lo que cuenta como derecho en cualquier sociedad es fundamentalmente una cuestión de hechos —hechos sociales— o convenciones —“la tesis social”—; segundo, que no hay una conexión necesaria entre el derecho y la moral —“la tesis de la separabilidad”—. No obstante, muchas veces los positivistas difieren entre ellos sobre la mejor interpretación de estas características.

Como puede observarse a lo largo del desarrollo de las distintas defensas que Coleman ofrece al positivismo hartiano, dos elementos de la teoría del derecho de Hart constituyen sus principales preocupaciones: el primero, el criterio de juridicidad; el segundo, la normatividad o autoridad del derecho. El incorporacionismo es un intento de ofrecer una respuesta válida a las críticas dirigidas contra estos dos elementos que caracterizan el positivismo hartiano.

Con respecto a la normatividad del derecho, Coleman observa la variación que sufre la visión de Hart sobre la autoridad. En *The Concept of Law*, Hart parece fundar la normatividad del derecho en que está formado por reglas sociales. El problema que planteó esta posición fue su incapacidad para explicar la autoridad de las normas que buscan promover nuevas prácticas sociales, o que median con prácticas sociales conflictivas, o que desean eliminar ciertas prácticas sociales. Hart cambia su teoría sobre la fundamentación de la normatividad del derecho y afirma que

⁵⁶⁸ Coleman, J. y Leiter, B., “Legal Positivism”, Patterson, D. (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell, 1996, p. 243.

⁵⁶⁹ *Idem.*

las reglas de reconocimiento son reglas sociales y que su normatividad depende de que sean aceptadas desde el punto de vista interno por los jueces. Las reglas subordinadas a la regla de reconocimiento pueden o no ser reglas sociales y su autoridad deriva de haber sido reconocidas como válidas por la regla de reconocimiento.⁵⁷⁰

Esta nueva versión de la teoría sobre la autoridad del derecho parece tan problemática como la primera. Por un lado, las razones que las reglas de reconocimiento dan a los jueces para actuar parecen muy distintas de las razones que las normas dan a los ciudadanos. Por esto, si bien la relación de validez entre las normas y la regla de reconocimiento parece verdadera, ésta no parece capaz de transferir autoridad. Por el otro, la autoridad de las reglas de reconocimiento no parece derivarse del hecho de ser reglas sociales aceptadas desde el punto de vista interno. La autoridad de una regla no puede fundarse en el mero hecho de que los individuos la tratan como capaz de dar razones para actuar. La aceptación desde el punto de vista interno es incapaz de fundamentar la autoridad del derecho, más bien, “parece ser un indicador confiable de la normatividad de una práctica social”.⁵⁷¹

Coleman ofrece dos posibles variaciones de la tesis de la normatividad del derecho de Hart que buscan reeditar argumentos basados en el mero comportamiento convergente, como capaz de dar razones para actuar. Por un lado, ofrece un argumento basado en la coordinación de conductas, y por el otro, un argumento según el cual quien busca obrar correctamente y no sabe cómo hacerlo puede considerar el comportamiento de otras personas que buscan esta misma finalidad como una razón para actuar igual que éstos. De esta manera, Coleman afirma que “el comportamiento convergente, no la aceptación desde el punto de vista interno, es la llave para comprender la autoridad de la regla de reconocimiento”.⁵⁷² En síntesis, el punto de vista interno puede ser una condición necesaria para que una norma sea una regla social y puede ser un indicador confiable para observar la normatividad de una práctica o regla, pero no es el elemento que explica la autoridad del derecho.

En definitiva, Coleman sostiene que la autoridad de la regla de reconocimiento depende de consideraciones de coordinación y conocimiento.

⁵⁷⁰ *Ibidem*, p. 247.

⁵⁷¹ *Idem*.

⁵⁷² *Ibidem*, p. 248.

Para él, lo mismo puede decirse de la autoridad de las reglas subordinadas a la regla de reconocimiento. Con respecto a la regla de reconocimiento, los funcionarios tienen razón para cumplir con lo que otros hacen como regla si quieren coordinar su comportamiento con lo que otros hacen, o si creen que el comportamiento de otros refleja un entendimiento de lo que los estándares apropiados de validez son. Aquí el vínculo es entre la acción individual y el comportamiento convergente de otros jueces. Este vínculo parece capaz de explicar la autoridad de las reglas subordinadas a la regla de reconocimiento. En este caso, el vínculo se da entre las razones de los agentes y la creencia de los agentes de que las razones del derecho proveen mejores caminos para cumplir con sus razones, que las que otros tienen. La confianza del agente en el derecho es parte de la función del derecho como coordinador del actuar humano. Si bien hay una “distinción entre la autoridad de la regla de reconocimiento y la de las reglas subordinadas a ésta, la misma idea general opera en ambas”.⁵⁷³

En cuanto al criterio de juridicidad, como ha podido observarse, Coleman propone salvar la regla de reconocimiento y la tesis de la separabilidad de las críticas dworkinianas presentando el positivismo como una teoría del derecho capaz de permitir que los principios morales sean estándares jurídicos vinculantes si son admitidos por la regla de reconocimiento. Al permitir que los principios morales puedan ser derecho y, por ende, al incrementar el número de estándares jurídicos obligatorios, esta versión del positivismo jurídico parece sugerir que los casos en los que los jueces deben ejercer su discrecionalidad judicial disminuirán significativamente. No obstante, más estándares jurídicos implican más casos en los que se caerá en la zona de penumbra de los términos generales, especialmente con relación a los conceptos morales. Por esta razón, la tesis positivista de la discrecionalidad también parece inmune ante los ataques de Dworkin.

IV. RECAPITULACIÓN

Las versiones del ILP que acaban de exponerse defienden conjuntamente la posibilidad —no la necesidad— de que la moral figure en la determinación del derecho; es decir, la posibilidad de que el derecho posea

⁵⁷³ *Ibidem*, p. 259.

criterios de validez jurídico morales, materiales o de contenido y no necesariamente criterios neutrales o de forma. Ahora bien, aunque el núcleo común de esta teoría parece ser compartido por sus principales exponentes, éstos recurren muchas veces a diferentes argumentaciones para defender la teoría contra una misma objeción. De hecho, algunas veces las diferentes versiones del ILP parecen encontradas o en oposición.

A la luz de lo hasta aquí expuesto, dos parecen ser las diferencias más importantes que pueden encontrarse entre estas versiones del ILP. En este sentido, Mitrophanous propone una clasificación del ILP que lo divide en dos grupos: (1) las versiones que permiten a la moral figurar en la determinación de la existencia del derecho válido; (2) las que permiten a la moral figurar en la determinación de la existencia y el contenido del derecho válido. Para Mitrophanous, Waluchow enarbola la versión más amplia del positivismo incluyente, mientras que Hart y Coleman afirman la versión más reducida de este positivismo.⁵⁷⁴

Otra cuestión que parece dividir a las principales versiones del ILP es la caracterización que otorgan a la incorporación de la moral en la regla de reconocimiento. Para algunos exponentes del ILP, la moral es incorporada en la regla de reconocimiento como una condición *necesaria* de validez jurídica, mientras que para otros es incorporada como una condición *suficiente* de validez. La moralidad de una norma es condición *necesaria* para que ésta sea parte del sistema jurídico si la juridicidad de dicha norma depende de su consistencia con un estándar moral. En cambio, la moralidad de una norma es condición *suficiente* para que esta sea parte del derecho, cuando un estándar es jurídico sólo por ser parte de la moral, o por lo menos, de alguna de sus secciones —por ejemplo la justicia—. ⁵⁷⁵ Como ha podido observarse a lo largo del desarrollo de este capítulo, Coleman parece defender la posibilidad de que la moral sea una condición *suficiente* de validez jurídica, mientras que Waluchow solamente admite a la moral como una condición *necesaria*. Hart no es claro

⁵⁷⁴ Sobre esta cuestión, este autor reconoce que Hart resulta un poco ambiguo en su *Postscript* (p. 626). La clasificación descrita puede verse en E. Mitrophanous, “Soft Positivism”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 17, núm. 4, 1997, pp. 621-626.

⁵⁷⁵ Uno de los primeros en proponer esta distinción fue B. Bix en “Patrolling the Boundaries: Inclusive Legal Positivism and the Nature of Jurisprudence Debate”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 12, 1999, pp. 20 y 21.

sobre esta cuestión, aunque algunos autores han tratado de precisar lo que consideran podría ser su respuesta.⁵⁷⁶

Éstas son algunas de las diferencias que pueden observarse entre estos autores. A medida que el ILP ha seguido desarrollándose, han surgido versiones más refinadas de esta teoría. Esto significa que esta versión del positivismo jurídico no sólo debate contra posiciones contrarias, sino que también comienza a debatir internamente. Así, ha surgido una nueva etapa en la evolución de esta teoría, que podemos denominar el “refinamiento” del ILP, y que pasaremos a exponer a continuación.

⁵⁷⁶ Cfr. Shapiro, S. J., “On Hart’s Way Out”, en Coleman, J. (ed.), *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 182-186.