

METADESACUERDOS. LA TEORÍA DEL DERECHO FRENTE AL FENÓMENO DE LOS DESACUERDOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES

Pablo Ariel Rapetti

Per citar o enllaçar aquest document:

Para citar o enlazar este documento:

Use this url to cite or link to this publication:

<http://hdl.handle.net/10803/434481>

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

WARNING. Access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.



TESIS DOCTORAL:

METADESACUERDOS.

LA TEORÍA DEL DERECHO FRENTE AL FENÓMENO DE LOS DESACUERDOS

JURÍDICOS *FUNDAMENTALES*

Pablo Ariel Rapetti

2016



TESIS DOCTORAL:

METADESACUERDOS.

LA TEORÍA DEL DERECHO FRENTE AL FENÓMENO DE LOS DESACUERDOS

JURÍDICOS *FUNDAMENTALES*

Pablo Ariel Rapetti

2016

PROGRAMA DE DOCTORADO EN *DERECHO, ECONOMÍA Y EMPRESA*

Director: Jordi Ferrer Beltrán

Co-director: Diego Martín Papayannis

Tutor: Jordi Ferrer Beltrán

Memoria presentada para optar al título de *Doctor* por la Universitat de Girona

Publicaciones derivadas de la tesis

Algunos elementos correspondientes a la primera parte del capítulo II fueron publicados en:

LUQUE SÁNCHEZ, Pau & RAPETTI, Pablo A. - 2014: «Acerca de la respuesta iusrealista al desafío de los desacuerdos jurídicos», *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*.

Algunos elementos correspondientes al capítulo III fueron publicados en:

RAPETTI, Pablo A. - 2016: «En torno al enfoque neohartiano de Kevin Toh sobre los desacuerdos jurídicos», *Lisbon Law Review*, vol. LVIII.

Aclaraciones formales:

Siguiendo convenciones extendidas en la literatura de referencia, he adoptado algunos lineamientos formales que cabe explicitar de antemano:

-En las transcripciones de textos ajenos, he empleado tres puntos entre paréntesis para indicar que la cita tiene el recorte de un contenido dentro de un mismo párrafo al que corresponde también el resto de la transcripción: (...).

-En las transcripciones de textos ajenos, he empleado tres puntos entre corchetes para indicar que la cita tiene un recorte de un contenido que supone el paso a un párrafo posterior en el texto que se transcribe: [...].

-A excepción de ciertas frases usadas como epígrafes, todas las citas se han hecho en castellano. Algunas según traducciones propias: en estos casos he incluido la transcripción del texto en su idioma original en nota al pie.

-Las referencias bibliográficas se han hecho empleando el sistema que indica apellido del/a autor/a y el año de la publicación. Allí donde se indican dos años, ello corresponde al año de la primera edición (en su idioma original, en su caso), a la izquierda, y al año de la edición utilizada, a la derecha (sea una edición posterior en su idioma original, una traducción, o una traducción de una edición —en su idioma original— posterior a la primera).

-Los conceptos se han escrito en versales*.

* Siguiendo un uso creciente al menos a partir de LAURENCE & MARGOLIS, 1999: 4, n. 1.

Agradecimientos

En los recién pasados cuatro años de vida y trabajo muchas personas me han ayudado en diversos modos a concretar esta tesis doctoral.

En primer lugar he de agradecer a mis directores: Jordi Ferrer Beltrán y Diego M. Papayannis. Su constante disposición para leer mis borradores y discutirlos conmigo ha sido un combustible permanente para el trabajo. De modo aún más importante: ambos me han ofrecido más que su guía profesional; me han ofrecido su amistad. Las comidas, las copas, la compañía y las palabras de aliento en momentos de zozobra(s) han sido tan determinantes de la concreción de este trabajo como los detallados comentarios al margen de las versiones previas de cada uno de los capítulos que lo componen.

Este doble apoyo, tanto estrictamente laboral como personal en un sentido mucho más amplio, ha venido también de mis colegas y amigos del grupo de investigación en filosofía del derecho de la Universitat de Girona. Así, le debo agradecimientos enormes a Jorge Baquerizo, Carolina Fernández Blanco, Lucila Fernández Alle, Francesco Ferraro, Sebastián Figueroa, Pedro Haddad, Andrej Kristan, Jana Matida, Matías Parmigiani, Esteban Pereira, Marco Segatti, Adrian Sgarbi, Jorge Sendra, Alexander Vargas y Carmen Vázquez. Aún si no estrictamente pertenecientes a dicho grupo, agradezco también a colegas y amigos visitantes o de grupos de investigación cercanos: Maximiliano Aramburo, Melisa Castro, Rodrigo Ramírez, Ilse Torres, Manuel Vial, Natalia Wilson y Matija Zgûr. Las tantísimas conversaciones con Maribel Narvéez han sido de un valor inestimable.

Un agradecimiento especial dedico a Marcela Chauhán, que para mí ha sido no sólo compañera de área y grandísima amiga, sino también por momentos prácticamente una hermana sustituta, y acaso una madre sustituta.

Durante el período de trabajo en la tesis tuve la posibilidad de realizar sendas estancias de investigación en el *Istituto Tarello per la Filosofia del Diritto* de la Università degli studi di Genova, Italia, y en el *Instituto de Investigaciones Filosóficas* de la Universidad Nacional Autónoma de México. En esos ámbitos también me he hecho de grandes colegas y amigos, todos los cuales han contribuido de un modo u otro al desarrollo del presente trabajo. Agradezco entonces a Amalia Amaya, Gioia Bonaventura, Lucia Brusco, Pedro Caballero, Alejandro Calzetta, Pierluigi Chiassoni, Paolo Comanducci, Juan Cruz Parceró, Carolina Duque, Isabel Fanlo, Alessandro Ferrari, Riccardo Guastini, Luca Malagoli, Elena Marchese, Ismael Martínez, Mauricio Maldonado, Julieta Rábanos, Giovanni Ratti, Cristina Redondo, Alessio Sardo, Natalia Scavuzzo, Laura Scudieri y Rafael Vázquez.

Debo agradecimientos especiales a Diego Dei Vecchi y Pau Luque, quienes además de ser dos de los mejores amigos que el ámbito académico me ha deparado, son los dos colegas con los que, por distintas razones, más he conversado y discutido sobre los asuntos que se tratan en esta tesis.

Agradezco también por las discusiones e intercambios a Sebastián Agüero, Federico Arena, Diego Moreno, José Juan Moreso, Lorenzo Peña, Lorena Ramírez, Juan Ruiz Manero, Kevin Toh y Txema Torrent.

El haberme animado a intentar realizar una tesis doctoral se debe en enorme medida al estímulo y apoyo de mis colegas y amigos de la cátedra de filosofía del derecho de la Universidad Nacional del Sur (Bahía Blanca, Argentina), donde cursé mis estudios de

licenciatura. Ellos además han contribuido a que consiguiera los medios con los que realizar los estudios de doctorado y con sus lecturas y observaciones sobre diversos borradores del trabajo en sí. Agradezco muchísimo, entonces, a Inés Álvarez, Juan Cumiz, Luis María Esandi (h.), Lucrecia Fabrizi, Guillermo Garay Semper y a quienes son sin dudas mis más grandes maestros y mentores en el campo iusfilosófico: Andrés Bouzat y Pablo Navarro.

Muchas otras personas, de Bahía Blanca, de Girona y de tantos otros lugares, han contribuido de modos menos directos a la concreción de este trabajo de tesis. No podría mencionarlos a todos porque ni el espacio ni la memoria me lo permitirían, pero reservo el agradecimiento final para las personas más importantes de mi mundo: mi familia. Gracias a mis viejos, Romy y Carly; a mis hermanos, Franco, Anto, Lea y Lara; y a mis abuelos: Alberto, Juan, Mercedes y Susy. A ellos dedico este trabajo, con todo el amor del que soy capaz.

Sabés que no aprendí a vivir.
A veces estoy tan bien,
estoy tan down...
Calambres en el alma.
Cada cual tiene un trip en el bocho,
difícil que lleguemos a ponernos de acuerdo.

Charly García – *Promesas sobre el bidet*

¿Cómo harás para ver y aliviar el dolor
en el jardín de gente?
Algún acuerdo en tu alma tendrás.
Y ya no sé
si es que amanece o veo el cielo
como un gran collage.

Luis Alberto Spinetta – *Jardín de gente*

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN - <i>Desacuerdos en el derecho y fuera del derecho</i>	21
CAPÍTULO I - <i>Dworkin contra el positivismo jurídico</i>	31
I - INTRODUCCIÓN.....	31
II - EL POSITIVISMO JURÍDICO DEL MODELO DE REGLAS (I)	33
1. Tres tesis definitorias	33
2. Reglas y principios.....	35
3. Hart y la variedad de reglas. La regla de reconocimiento	39
4. Cuestiones de la regla de reconocimiento y estrategias de ajuste	43
5. La discreción judicial	47
6. Secuelas. Positivismos incluyente y excluyente	48
III - NUEVO VISTAZO AL MODELO DE REGLAS: NORMAS SOCIALES Y DESACUERDOS	51
1. Hart y las normas sociales.....	51
2. Dos críticas	52
3. Regla de reconocimiento y norma social.....	56
IV - LOS DESACUERDOS Y EL IMPERIO DEL DERECHO.....	57
1. Propositiones jurídicas y fundamentos del derecho.....	57
2. Tipos de desacuerdo: empíricos y teóricos.	60
3. El positivismo de la <i>Plain Fact View</i>	61
V - EL AGUIJÓN SEMÁNTICO	63
1. El agujón y la semántica criteriológica.....	63
2. Una ilación de críticas	65
3. El argumento del agujón semántico y el argumento de los desacuerdos.....	67
VI - INTERPRETACIÓN Y TEORÍA INTERPRETATIVA DEL DERECHO.....	69
1. La interpretación y sus fases.....	69
2. Ajuste y justificación	71
3. La novela en cadena.....	76
4. Tipos de conceptos. Los conceptos interpretativos	77
5. Los desacuerdos según la óptica interpretativista	79
6. Concepto y concepciones del derecho. Integridad.	80
7. Otros instrumentos de clarificación.....	86

VII - EL POSITIVISMO COMO CONVENCIONALISMO	95
1. Positivism interpretativo (no semántico)	95
2. Convencionalismos estricto y amplio	99
VIII - ANTIARQUIMEDISMO	107
IX - RECAPITULACIÓN: DWORKIN VS. EL POSITIVISMO JURÍDICO. LOS DESACUERDOS EN EL DERECHO	110
CAPÍTULO II - <i>Iusrealismo y desacuerdos</i>	115
PRIMERA PARTE: Un enfoque italiano (<i>alla genovese</i>)	115
I - RATTI SOBRE EL DEBATE EN TORNO A LOS DESACUERDOS	115
1. La ambigüedad de Dworkin	116
2. Una reclasificación de los desacuerdos en el derecho	117
3. Dos perspectivas de análisis.	121
4. Una relectura de los <i>casos Dworkin</i>	122
II - EL PROBLEMA DE LOS DESACUERDOS INTERPRETATIVOS	126
III - LA IDENTIFICACIÓN DE LAS FUENTES DEL DERECHO.....	133
IV - FUENTE DEL DERECHO Y FUENTES DEL DERECHO	144
V - SÍNTESIS	150
SEGUNDA PARTE: Un enfoque estadounidense	153
I - INTRODUCCIÓN: ¿LA AMBIGÜEDAD DE DWORKIN?	153
II - LA RESPUESTA DE LEITER	155
1. El positivismo jurídico frente al interpretativismo dworkineano	156
2. Dos herramientas explicativas para el iusrealismo: la hipocresía y el error	170
III - SÍNTESIS	179
APÉNDICE: Sobre realismo jurídico y escepticismo interpretativo	182
I - INTRODUCCIÓN: EL CONOCIMIENTO SEGÚN EL ESCEPTICISMO INTERPRETATIVO ..	182
II - METODOLOGÍA Y CONSISTENCIA	185
III - EL ESCEPTICISMO Y EL PROBLEMA DEL CONOCIMIENTO ESPECÍFICO	189
IV - LA AUTONOMÍA DEL LENGUAJE JURÍDICO	192
1. Lenguaje prescriptivo y lenguaje descriptivo	193
2. Los intereses en juego.....	195
3. El carácter institucional y el revestimiento de autoridad.....	196
4. ¿Deferencia al emisor?	197
V - RECAPITULACIÓN.....	200
VI - LA VERDAD EN EL ESCEPTICISMO	202

CAPÍTULO III - <i>El enfoque neohartiano de Kevin Toh</i>	207
I - DE VUELTA A HART: ACEPTACIÓN Y ENUNCIADOS JURÍDICOS	207
1. Enunciados externos.....	210
2. Enunciados internos.....	211
II - LOS ENUNCIADOS JURÍDICOS NO COMPROMETIDOS.....	217
III - ASEVERACIÓN VS. PRESUPOSICIÓN.....	223
IV - RECAPITULACIÓN.....	226
V - DESACUERDOS.....	229
1. El desafío de Dworkin frente al entramado teórico hartiano.....	229
2. Toh y las enmiendas a Hart.....	234
3. El rechazo del «convencionalismo».....	247
VI - OBSERVACIONES CRÍTICAS	253
1. Sobre los desacuerdos de reconocimiento como desacuerdos jurídicos.....	254
2. Sobre la relevancia de los acuerdos extensionales.	261
3. Sobre las normas jurídicas y lo distintivo de su sistematización	263
4. Sobre enunciados de reconocimiento, «valor superficial» y verdad	264
5. Sobre el rechazo del convencionalismo.....	265
CAPÍTULO IV - <i>Teoría del derecho y desacuerdos jurídicos fundamentales</i>	271
I - PARTICIPANTES	271
II - CUATRO VICIOS DE ORIGEN EN EL DESAFÍO DWORKINEANO	272
III - RECOLECTANDO PIEZAS PARA UNA EXPLICACIÓN	276
1. La cuestión empírica	276
2. Las «piezas intocables» del derecho.....	279
3. Elementos para especificar lo «fundamental» de ciertos desacuerdos.....	281
4. Las distinciones: tipos de desacuerdo en el derecho	285
IV - UNA DESTILACIÓN FINAL: EL LENGUAJE DE LA TEORÍA DEL DERECHO.....	296
1. Cerrando el círculo: sobre el antiarquimedismo de Dworkin.....	296
2. El lenguaje práctico de primer orden y el lenguaje teórico de segundo orden	299
3. Dos aclaraciones finales	307
V - COLOFÓN [<i>CONCLUDING REMARKS</i>].....	309
BIBLIOGRAFÍA	321

RESUMEN:

El presente trabajo de tesis doctoral consiste en un análisis de diversos tratamientos iusfilosóficos del fenómeno de los desacuerdos en el derecho, en particular teniendo en cuenta la dialéctica generada por el desafío que Ronald Dworkin presentara, girando en torno a esta cuestión, a la teoría del derecho de corte positivista. En el trabajo se presenta el ataque inicial de Dworkin al positivismo jurídico fundado en la idea de que este último sería incapaz de dar cuenta del fenómeno de los desacuerdos en el derecho, y la propia alternativa explicativa dworkineana, que supone el desarrollo de un enfoque iusteórico en gran medida distinto (y hasta opuesto) al positivista. De allí se pasa al análisis de tres distintas respuestas ofrecidas a dicho desafío desde filas positivistas. Las tres reciben un fuerte escrutinio crítico, pero de la discusión de las tres se extrae, asimismo, una serie de elementos con la que finalmente se intenta ofrecer 1) un marco explicativo más comprehensivo y sofisticado del fenómeno de los desacuerdos jurídicos, y 2) una reconsideración general del rol discursivo que corresponde a la teoría del derecho, frente al que cumplen los participantes de la práctica jurídica.

RESUM:

El treball present de tesi doctoral consisteix en una anàlisi de diversos tractaments iusfilosòfics del fenomen dels desacords en el dret, en particular tenint en compte la dialèctica generada pel desafiament que Ronald Dworkin ha presentat, girant entorn d'aquesta qüestió, a la teoria del dret de tall positivista. En el treball es presenta l'atac inicial de Dworkin al positivisme jurídic fundat en la idea que aquest últim seria incapaç de retre compte del fenomen dels desacords en el dret, i la pròpia alternativa explicativa dworkineana, que suposa el desenvolupament d'un enfocament iusteòric en gran mesura distint (i fins i tot oposat) al positivista. D'aquí es passa a l'anàlisi de tres respostes diferents oferides a aquest repte des d'un posicionament positivista. Les tres reben un escrutini crític fort, però de la discussió de les tres s'extreu, així mateix, una sèrie d'elements amb la qual finalment s'intenta oferir 1) un marc explicatiu més comprensiu i sofisticat del fenomen dels desacords jurídics, i 2) una reconsideració general del rol discursiu que correspon a la teoria del dret, enfront del que duen a terme els participants de la pràctica jurídica.

ABSTRACT:

This doctoral thesis analyzes various philosophical treatments of the phenomenon of legal disagreements, particularly focusing on the exchange, based on it, stemming from Ronald Dworkin's challenge to legal positivism. The thesis presents Dworkin's initial attack to legal positivism grounded on the idea that the latter is supposedly unable to account for disagreements in law, as well as Dworkin's explanatory alternative to it, which involves developing a theoretical approach largely different (even opposed) to the positivist's. After that, three different positivist replies are analyzed. All of them are critically scrutinized, but from their discussion I also collect elements which I finally use to try to offer 1) a more comprehensive and sophisticated framework for explaining the phenomenon of legal disagreements, and 2) a general reassessment of the discursive role pertaining to jurisprudence, in contrast to that pertaining to the participants of the legal practice.

INTRODUCTION

Disagreement and Disagreements. Inside and Outside the Law

Many times (as I sometimes do deliberately), having undertaken as exercise and sport to maintain an opinion contrary to my own, my mind, applying itself and turning in that direction, attaches me to it so firmly that I can no longer find the reason for my former opinion, and I abandon it. I draw myself along in almost any direction I lean, whatever it may be, and carry myself away by my own weight.

(M. de Montaigne, *Apology for Raymond Sebond*[†])

The issue of disagreement is recurring: philosophy has dealt with it since it is philosophy. However, it seems that we are nowadays witnessing a notorious increase in the literature on disagreement, particularly within the analytic tradition, and in relation to the most diverse areas. Thus, works on disagreement abound in aesthetics, epistemology, metaphilosophy, metaphysics, moral philosophy, political philosophy, the philosophy of language, the philosophy of mathematics and, of course, in legal philosophy¹.

One occasionally hears references made to something called «the problem of legal disagreements». The use of this definite description suggests that there is either just one problem, or just one major problem, concerning disagreements in law. The suggestion is incorrect. Rather, there are a number of distinguishable, though related, problems, which fall under the heading «the subject of disagreements in law» or one alike. Though some of these problems are more important than others, none has a sustainable claim to being *the* problem of legal disagreements². The scope of the subject may be indicated tentatively and informally by saying that it deals with, among others, the following questions: «who takes part in legal disagreements?», «what regarding the law is there disagreement about?», «what are the practical implications

[†] MONTAIGNE, 1580/2000: 66.

¹ For a slight overview, see MACEDO, 1999; GOWANS, 2000; GARCÍA-CARPINTERO & KÖLBEL, 2008; FELDMAN & WARFIELD, 2010; AMORETTI & VIGNOLO, 2012; CHRISTENSEN & LACKEY, 2013; MACHUCA, 2013.

² Unless explicitly stated otherwise, I generally use the expressions «disagreements in law», «legal disagreements», and others alike, as synonymous.

of the different kinds of legal disagreement?», «does disagreement about facts apparently relevant to the law entail that such facts are not obtained?», «does disagreement about the content of the law entail that there is no such content?», «can legal disagreements (all, none, some: which) be solved?», «who solves them?», «how are they solved?».

Linking some of the above-mentioned issues to other frequently used denominations, it can be said that taking into account questions as those just formulated, relative to disagreement in law, work has been done on

- 1) what *determines* the content of the law: its «grounds»;
- 2) how what is legally established is known: the «identification» of the law;
- 3) what implications disagreements have on an eventual bindingness of the law: its «normativity»;
- 4) what relation there is between the (various) disputes about the somehow demarcated legal field, and the (also various) disputes in other areas, both of the public and private life: the «demarcation» of the law;
- 5) the propriety of the judicial activity in conflict-solving: the «legitimacy of judges»;
- 6) the establishing of legally regulated facts: «the role of truth in legal processes».

The list could be easily extended, and I have used these other also very frequent denominations in a very imprecise way, such that each of these could be further specified in many more.

The mere listing of questions, of course, does not in any precise fashion delimit the scope of a subject. For, even if the questions listed are themselves clear, it may not be obvious how they are related to each other or to other questions which might also be raised. But, quite apart from difficulties of this sort, there is the more serious matter that the subject of legal disagreement has no agreed boundaries either. The very way in which questions as the above-mentioned, and others labeled the same way, are set forth, may diverge depending on the approach or conception, be it in turn theoretical or practical, with which engagement with them takes place. And it might happen —as it actually happens— that even the distinction itself between theoretical

and practical approaches be questioned or at least characterized in different ways, even in direct relation to at least one of the many things treated under the label «legal disagreement»³.

It is thus important to start offering a delimitation of the subject I will be dealing with throughout the present work.

Participants of the most diverse contemporary legal practices get occasionally involved in different kinds of disagreement relating to the law under which they live. I will not deal directly with this.

There are different kinds of legal studies, with diverse purposes and methodological approaches. Many of these studies offer as a result the partial identification of the content of particular legal systems and some form of systematization of such contents. And in many occasions such results are distinct and even opposed to each other, thus constituting disagreements about the law. Besides, of course, the disagreements that in the first place might come up from having different purposes and methodologies. I will neither deal directly with this.

Other studies offer as a result diverse axiological justifications of certain pieces of previously identified law; and others are cashed out in concrete reform projects for certain legal contents. I will not deal directly with disagreements in any of these activities either.

The theory or philosophy of law⁴ corresponding to the so called «analytic» perspective, at least as broadly identified since the mid-XXth century, is another way of studying and analyzing the law, classically oriented to tasks such as locating the central, paradigmatic, distinctive, basic features of the contemporary Western legal practices; analyzing notions which cut across different areas of a legal order and different legal orders; and that of comparing the legal practices with other practices and phenomena related to the guidance of conduct like morality, politics, etc. (sometimes distinguishing them and sometimes melting them together). By means of these tasks, legal philosophy would arrive at the articulation of a general conception of the law. At any rate, the scope of the legal theory amounts on itself to a perennial (and

³ In writing this paragraph and the second of the present introduction, I have emulated the narrative with which Stephen Munzer begins his regrettably disregarded work on legal validity. See MUNZER, 1972.

⁴ I will generally use these expressions as synonymous, alternatively. It is nonetheless obvious that occasionally it may turn out to be very valuable to distinguish them in favor of different purposes.

growing) matter of debate, and I will not enter it for the moment. Instead, I will now make use of an ostensive indication of sorts.

From the analytic perspective, legal positivism has been an important —even dominant— legal-philosophical trend, both in the Anglo-Saxon world and in our so called «Continental world»⁵. Just as the general characterization of the analytic perspective is itself subject to an ample debate, that much happens also with the legal-positivist approach in particular. But disputes about legal positivism take place not only among its proponents, since it is indeed the target of several and important external criticisms too. Perhaps the most well-known anti-positivist attack of the last decades has been the one launched by the recently deceased Ronald Dworkin, which has thus become one of the most influential of our time, if not the most.

During the last years, the most developed element of Dworkin's attack to legal positivism is what I call his «challenge of legal disagreements». Putting it on a notoriously and deliberately precarious way: legal positivism would hold, according to Dworkin, a general legal conception in terms of which the law is a social construct based on a series of empirically traceable agreements. That being so, from a positivist viewpoint any disagreement about what the law requires for any affair has to be understood as due to ignorance or *factual* error by any (or all) of the participants in the dispute, or else as a veiled attempt to modify pre-existing law in favor of certain interests. Thus, 1) legal positivism would show itself as unable to give an account of the way in which people habitually engage in disagreements about what the law requires, as long as in many occasions they do so believing that the matter of dispute is not a mere factual issue (in the sense of empirically observable), but evaluative; and 2) a central legal phenomenon would in this way be disregarded, inasmuch as disagreement would be a constant and ubiquitous feature of legal affairs.

So here goes a positive approach to what I will indeed focus on (directly) throughout this work: many legal theorists and philosophers have sought to give a reply to Dworkin's challenge based on the phenomenon of legal disagreement, both from perspectives claiming to be internal to the positivist tradition and from others, external. In doing so, several general and detailed explanations of legal disagreements

⁵ As Albert Calsamiglia has claimed: *many lessons coming from legal positivism have been accepted and, in a way, nowadays we are all positivists*. CALSAMIGLIA, 1998: 209 (my translation).

have been advanced, making use of various resources. Many of these replies appear to be totally or partially compatible with each other, whereas others seem to be rather incompatible. Besides, Dworkin offers not only the criticism based on disagreements to legal positivism, but also his own explanation of the phenomenon. So the different responses addressed to him confront, in more or less items, not only each other but also Dworkin's own positive view. My focus will be precisely on Dworkin's very challenge and his proposed explanation, as much as in some of the replies addressed to him. I will deal, therefore, with the disagreements among legal philosophers on how to give an account of the phenomenon of disagreements in law, particularly considering two wider philosophical frameworks: that offered by legal positivism, specifically in H. L. A. Hart's version, and that offered by Dworkin's *interpretive* theory.

I will examine three particular positivist responses to the Dworkinian challenge. Undoubtedly, three theoretical approaches on legal disagreements is not much from a quantitative point of view. As I have already said, this is one of the most discussed subjects of our days, and that is manifested in the vast array of texts about it. Although in the course of the present work —and up to its very end— several of my underlying methodological options will go becoming clear, it is convenient to make explicit some of them right now.

On the one hand, the existing literature is too large to be adequately examined⁶. This way, I have preferred to work on a few materials which I can analyze *in extenso*, instead of analyzing many but more scarcely. On the other hand, as I have said, under the heading of «the issue of disagreements» or one alike, including the slogan «Dworkin's argument of disagreements», the most diverse subjects have been treated and I am not sure that a general study intending to encompass them all would get to have (material feasibility aside) a reasonable narrative homogeneity. Finally, the three responses to Dworkin I will focus on are all inviting, at the same time, of both a quite deep critical analysis and a rich learning.

The road I will take will be, broadly put, the following.

⁶ Just to mention some works (and only in English or Spanish) to which I will however refer no more in the course of this study: WALDRON, 1999/2005; HIMMA, 2003a; SMITH, 2010; PATTERSON, 2011; SCIARAFFA, 2012; PLUNKETT & SUNDELL, 2013a; PLUNKETT & SUNDELL, 2013b; PLUNKETT & SUNDELL, 2014; ITURRALDE SESMA, 2014; BAUM LEVENBOOK, 2015; DYRDA, 2016; POSCHER, 2016; RAMÍREZ LUDEÑA, 2016; VILLA, 2016

In the first chapter I will introduce Dworkin's challenge to Hartian legal positivism, based on the phenomenon of legal disagreement. I will also present the explanatory strategy he advances in its stead. Two features of the chapter should be highlighted. In the first place, it is quite long. And that for two reasons: on the one hand, because the understanding of his challenge and its worth depend crucially on the reconstruction he makes of Hartian legal positivism, so I will lay out that reconstruction in detail. On the other hand, because I intend to show that, even though his «argument from disagreement» is different from others he also advances, it is the key element of his whole theoretical construction, both on its side critical of legal positivism and on its constructive side —his interpretive theory of law. Dworkin himself explicitly declares that *Law's Empire*, the book in which he expounds his philosophical conception in its most detailed version, is a book about disagreement in law⁷, but I think the relevance that this phenomenon pertaining to the legal practice has to all of his legal philosophy, including both his works prior to that book and those that came after it, has not been enough emphasized yet. The «argument from disagreement» (with —and maybe *because of*— all the width and ambiguity we will see it has) stands as a genuine guideline of Dworkin's ideas about law, as a lens with which seeing them in their best light. And I have sought to expound them like that. Thus, by the way, their very high degree of internal consistency gets highlighted.

From the foregoing already emerges a partial explanation of the second major feature of the chapter: contrary to the others to come, it will be almost purely reconstructive. Setting aside some generally marginal remarks, fundamentally oriented towards a re-articulation (and not a dismantling) of the Dworkinian intellectual framework, I will not advance objections to it in the chapter. The rest of the explanation for it comes from two central elements. On the one hand, because the three responses that I will analyze afterwards are, as I have hinted already, directed against Dworkin's arguments, and because my own stance will be, in the end, also against his. On the other hand, because one of the central theses that I will try to lay the foundations of, and then defend after the presentation of his theory, is that the challenge itself suffers from four vices in its very origin that, I believe, discredit it

⁷ DWORKIN, 1986: 11.

considerably (and with this I am pre-announcing one of the main conclusions of this study). In the contrast between a detailed critical analysis and an also detailed —but aseptic— exposition, such discredit will be, I think, better shown.

Said critical analysis begins in chapter II. There I firstly present and discuss the response offered by Giovanni Ratti to the challenge. The central elements of that response are the denunciation of a foundational ambiguity in Dworkin's objection and a classification of different types of legal disagreement that merit —according to Ratti— different elucidations.

In the second place I analyze Brian Leiter's proposal, who grounds his reply to Dworkin by questioning the empirical relevance (and consequently the relevance *tout court*) of the phenomenon of legal disagreement, and therefore the explanatory role that jurisprudence should play in relation to that phenomenon.

Although I discuss in detail each one of these argumentative threads, in that very chapter I try to offer certain amendments to them, and suggestions for their further sophistication. I go on with such a task in chapter IV.

Still in chapter II, however, I offer in the third place an appendix discussing (meta)interpretive skepticism in the powerful form given to it by Riccardo Guastini. As I argue there, such discussion is interesting in many ways: it sheds some light on an activity —the interpretation of legal dispositions— which is an important source of legal disagreements; it allows us to better understand some aspects of Ratti's proposal —which assumes such a skepticism—; and prepares the way for what I will introduce later in chapter IV concerning language levels, the language pertaining to legal-theoretical discourse and its differences and relations to the legal-practical discourse.

In chapter III, I introduce and analyze Kevin Toh's reply to Dworkin. He goes back to the roots of Hartian legal positivism, Dworkin's original target, re-depicting it in light of the contemporary developments in metaethical expressivism. Two features of his work should be stressed: the Hartian distinction between internal and external legal statements, with a special emphasis in the normative character of the internal ones, which is put in the core of the debate; and the reconstruction of Dworkin's challenge in terms of Dworkin's ascribing to Hart a descriptive-naturalistic analysis of internal legal statements. After disputing other elements of Toh's proposal, I take a hold of these two features, and carry them on to chapter IV.

In that final chapter I collect the various pieces already mentioned and adjust them to one another. Equipped with them, I try to:

1) re-consider Dworkin's challenge on legal disagreements as suffering from four vices in its very origin. The four vices come in the form of two issues that I label «theoretical» and two more that I label «empirical». From these, the critique of what I take to be Dworkin's ultimate philosophical foundation: his «anti-arquimedianism», stands out.

2) I subsequently seek to sketch the key elements of a more comprehensive treatment of the phenomenon of legal disagreement, particularly stressing the implications that its diverse manifestations may have on a general theoretical conception of the law in a positivistic vein. Some of these elements stand out, such as the distinction between what I call «fundamental» disagreements and those that are not; the different character that disagreements have when they take place from an internal, participative stance, or from an external, theoretical one; and the fact that I seek to connect the various pieces of an explanation under the mantle of a version of legal positivism at least approximately linked to the so called «deep conventionalism».

3) Finally, I try to (partially) revise the roles, tools and methods corresponding to such a positivistic conception, particularly taking into account —again— the distinction between participants' and observers' discourses. The relation between language and meta-language is emphasized, as I intend to highlight the feedback which characterizes the link between both kinds of discourse. When it comes particularly to the theoretical treatment of disagreements in law, this implies that from a theoretical point of view it is conceptually impossible to get directly involved in the judging of the correctness of the disagreeing first-order positions, albeit the range of positions to be adopted can certainly be constrained from the meta-level. And thus stands out what I call a fundamental «asymmetry» in the relation to law that participants have, on the one hand, and that observers have, on the other. This involves taking emphatically seriously the following idea, as put in Shapiro's words:

There may be no right answer to these disputes, but there are usually wrong ones. Second, and more important, a theory of law should account for the intelligibility of theoretical disagreements, not necessarily provide a resolution of them. An adequate theory, in other words, ought to show that it makes sense for participants to disagree

with each other about the grounds of law. Whether a unique solution to these disputes actually exists is an entirely different, and contingent, matter, and a jurisprudential theory should not, indeed must not, demand one just because participants think that there is one⁸

From the final discussion in the present study, a stronger way of putting Shapiro's final line comes up: the theory of law is conceptually prevented from demanding a solution to particular controversies among legal participants.

The road I propose to walk is thus set. It is time to start walking it.

⁸ SHAPIRO, 2007: 49.

INTRODUCCIÓN

Desacuerdo y desacuerdos. En el derecho y fuera del derecho

Many times (as I sometimes do deliberately), having undertaken as exercise and sport to maintain an opinion contrary to my own, my mind, applying itself and turning in that direction, attaches me to it so firmly that I can no longer find the reason for my former opinion, and I abandon it. I draw myself along in almost any direction I lean, whatever it may be, and carry myself away by my own weight.

(M. de Montaigne, *Apology for Raymond Sebond*[†])

El tema del desacuerdo es filosóficamente recurrente: la filosofía se ha ocupado del desacuerdo desde que es filosofía. No obstante, parece que actualmente asistimos a un incremento notorio de la literatura acerca del desacuerdo, en particular en la corriente analítica, y respecto de sus más diversas áreas. Así, abundan los trabajos acerca de desacuerdos del más variado tipo en estética, epistemología, filosofía del lenguaje, filosofía de la matemática, metafísica, metafilosofía, filosofía política, filosofía moral y, por supuesto, la filosofía del derecho¹.

En nuestros días, uno puede escuchar frecuentes alusiones a algo llamado «el problema de los desacuerdos en el derecho». El uso de este rótulo sugiere que hay sólo un problema relativo a los desacuerdos en el derecho, o bien que hay uno de importancia notoria. Se trata de una sugerencia equivocada. Hay, más bien, un buen número de problemas distinguibles, aunque relacionados, que caen bajo el encabezado «la cuestión de los desacuerdos en el derecho» o alguno similar. Aunque algunos de estos problemas parecen más acuciantes que otros, no es claro que alguno de ellos tenga título para ser *el* problema de los desacuerdos jurídicos². El alcance de este tema puede ser tentativa e informalmente indicado diciendo que versa, entre otras, sobre las siguientes cuestiones: «¿quiénes sostienen desacuerdos jurídicos?»,

[†] MONTAIGNE, 1580/2000: 66.

¹ Para un apenas ligero vistazo, puede consultarse MACEDO, 1999; GOWANS, 2000; GARCÍA-CARPINTERO & KÖLBEL, 2008; FELDMAN & WARFIELD, 2010; AMORETTI & VIGNOLO, 2012; CHRISTENSEN & LACKEY, 2013; MACHUCA, 2013.

² Salvo aclaración en contrario, en general uso las expresiones «desacuerdos en el derecho», «desacuerdos jurídicos», y otras similares, como sinónimas.

«¿sobre qué se desacuerda con respecto al derecho?», «¿qué implicancias prácticas tienen los distintos tipos de desacuerdo jurídico?», «¿el desacordar sobre hechos aparentemente relevantes para el derecho supone que esos hechos no existen?», «¿el desacordar sobre el contenido del derecho supone que no hay tal contenido?», «¿pueden los desacuerdos jurídicos (todos, ninguno, algunos: cuáles) ser resueltos?», «¿quién los resuelve?», «¿cómo se resuelven?».

Asociando algunas de las cuestiones mencionadas con otros rótulos igual de frecuentes, puede decirse que teniendo en cuenta preguntas como las recién formuladas, relativas a los desacuerdos en el derecho, se ha trabajado sobre

- 1) qué es lo que *determina* el contenido del derecho: su «fundamento»;
- 2) cómo se conoce lo jurídicamente establecido: la «identificación» del derecho;
- 3) qué incidencia tiene el desacuerdo sobre una eventual obligatoriedad del derecho: su «normatividad»;
- 4) qué relación hay entre las (diversas) disputas acerca del —de algún modo delimitado— campo jurídico y las (también diversas) disputas dables en otras esferas, tanto de la vida pública como privada: la «demarcación» del derecho;
- 5) la pertinencia de la actividad judicial en la resolución de conflictos: la «legitimidad de los jueces»;
- 6) la determinación de hechos reglados por el derecho: «el papel de la verdad en los procesos judiciales».

La lista podría seguir largamente, y he utilizado aquí estos otros rótulos también muy frecuentes de manera asimismo imprecisa, de modo que cada una de estas asociaciones podría ser desgranada en muchas más.

El mero listado de cuestiones, desde luego, no delimita de ningún modo preciso el alcance de un asunto. Incluso si las cuestiones enlistadas fuesen en sí mismas claras, puede que no sea obvio el modo en el que se relacionan entre sí o con otras cuestiones que también pudieran ser traídas a colación. Pero más allá de las dificultades de este tipo, se encuentra el problema más serio de que no parece haber acuerdo tampoco sobre los límites del área temática de los desacuerdos en el derecho. La manera misma en la que se presentan cuestiones como las mencionadas y otras que se rotulan de modo análogo, puede ser diversa según el enfoque o concepción, sea a

su vez teórica o práctica, con que se las encare. Y puede suceder —como en efecto sucede— que hasta la propia distinción entre enfoques teóricos y prácticos sea puesta en entredicho o al menos caracterizada de modos distintos, incluso en relación directa con al menos una de las muchas cosas que se tratan bajo este encabezado del «desacuerdo jurídico»³.

Es importante entonces comenzar a ofrecer una delimitación del tema del que me ocuparé en el presente trabajo.

Los participantes de las más variadas prácticas jurídicas contemporáneas se ven en ocasiones envueltos en desacuerdos de distinto tipo relacionados con el derecho bajo el que habitan. No me ocuparé directamente de ello.

Hay diversos tipos de estudio del derecho, con diversos propósitos y enfoques metodológicos. Muchos de esos estudios ofrecen como resultado la identificación parcial del contenido de ordenamientos jurídicos concretos y alguna forma de sistematización de dichos contenidos. Y en muchas ocasiones dichos resultados son distintos y hasta contrapuestos, constituyendo entonces desacuerdos acerca del derecho, más allá de, por supuesto, los desacuerdos que de por sí *puede* haber al sostenerse propósitos y metodologías de estudio diversos. No me ocuparé directamente de ello.

Otros estudios ofrecen como resultado justificaciones axiológicas distintas de ciertas piezas de derecho previamente identificado; y otros redundan en proyectos puntuales de reforma de determinados contenidos jurídicos. Tampoco me ocuparé directamente de los desacuerdos en ninguna de estas actividades.

La teoría o filosofía del derecho⁴ correspondiente a la perspectiva llamada «analítica», al menos tal como de un modo muy amplio se la identifica desde mediados del siglo pasado, es otra forma de estudio relativa a lo jurídico, que se ha propuesto clásicamente tareas como la de ubicar los rasgos centrales, paradigmáticos, distintivos, básicos, de las prácticas jurídicas contemporáneas de Occidente; la de analizar nociones que resultan transversales a diversos sectores de un ordenamiento jurídico y

³ Al escribir este párrafo y el segundo de esta introducción, he emulado la narrativa con la que Stephen Munzer comienza su lamentablemente desatendido trabajo acerca de la validez jurídica. Véase MUNZER, 1972.

⁴ En general usaré estas expresiones como sinónimas, de manera alternada. Aunque es obvio que en ocasiones puede resultar muy valioso distinguirlas en pro de diversos objetivos.

a diversos ordenamientos jurídicos en esa circunstancia; y la de comparar (a veces distinguiéndolas y a veces fundiéndolas) las prácticas jurídicas con otras prácticas o fenómenos relativos a la guía de la conducta como la moral, la arena política, etc. A través de estas tareas, la filosofía del derecho arribaría a la articulación de una concepción general del derecho. En todo caso, la demarcación misma del ámbito de la teoría del derecho es un asunto de perenne (y creciente) discusión y no entraré en ella por el momento. En cambio, recurriré ahora a una suerte de indicación ostensiva.

Desde la perspectiva analítica, el positivismo jurídico ha sido una corriente iusfilosófica de importante —acaso dominante— predicamento, tanto en el mundo anglosajón como en nuestro así llamado «mundo continental»⁵. Tal como la caracterización general de la perspectiva analítica es en sí misma objeto de amplio debate, otro tanto sucede con el enfoque iuspositivista en particular. Pero las discusiones sobre el positivismo no operan sólo al interior suyo, puesto que es también objeto de varias e importantes críticas externas. Acaso la más conocida ofensiva anti-positivista de las últimas décadas ha sido la lanzada por el recientemente fallecido Ronald Dworkin, quien se ha convertido con ello en uno de los más destacados autores antipositivistas de la actualidad, si no el que más.

En los últimos años, el elemento que más se ha trajinado de la crítica de Dworkin al positivismo jurídico es lo que yo denomino su «desafío de los desacuerdos jurídicos». Dicho de una manera notoria y deliberadamente precaria: el positivismo jurídico sostendría, según Dworkin, una concepción general del derecho según la cual éste es un constructo social basado en una serie de acuerdos empíricamente rastreables. Siendo ello así, desde una óptica positivista todo desacuerdo acerca de lo que dispone el derecho para un asunto cualquiera ha de ser entendido como debido a la ignorancia o error *de hecho* de alguno de los involucrados en el desacuerdo (o todos ellos), o bien como un intento velado de modificar el derecho preexistente en favor de ciertos intereses. Con ello, 1) el positivismo jurídico se mostraría incapaz de dar cuenta del modo en el que las personas se involucran habitualmente en desacuerdos acerca de lo que dispone el derecho, en la medida en que en muchas ocasiones lo hacen creyendo que la cuestión en disputa no es una mera cuestión de hecho (en el sentido

⁵ Albert Calsamiglia ha dicho: *muchas de las enseñanzas del positivismo jurídico han sido aceptadas y hoy todos en un cierto sentido somos positivistas*. CALSAMIGLIA, 1998: 209.

de lo empíricamente observable), sino evaluativa; y 2) se desatendería de ese modo un fenómeno central del derecho, en la medida en que el desacuerdo sería una pieza constante y ubicua en el quehacer jurídico.

Pues bien, he aquí una aproximación positiva a aquello a lo que me voy a dedicar (directamente) en este trabajo: muchos teóricos y filósofos del derecho han intentado dar respuesta al desafío dworkineano basado en el fenómeno del desacuerdo, tanto desde perspectivas que se pretenden internas a la tradición positivista como desde otras, externas. Para ello, se han ofrecido explicaciones generales y detalladas del desacuerdo jurídico, a partir de variados recursos. Muchas de estas respuestas parecen total o parcialmente compatibles entre sí, mientras que otras parecen más bien incompatibles. Al margen de ello, Dworkin ofrece no sólo la crítica al positivismo basada en los desacuerdos, sino que aporta su propia explicación positiva del fenómeno. De modo que las diversas respuestas que se le han venido dirigiendo se enfrentan, en más o menos puntos, entre sí, y en paralelo con el trabajo del propio Dworkin. Mi interés radicará precisamente en el desafío mismo de Dworkin y su propuesta de explicación, así como en algunas de las respuestas que se le han dirigido. Trabajaré, entonces, sobre los desacuerdos entre filósofos del derecho acerca de cómo dar cuenta del fenómeno de los desacuerdos en el derecho, en especial teniendo en cuenta dos marcos iusfilosóficos más amplios: el ofrecido por el positivismo jurídico, en particular en la versión que le ha otorgado la obra de Herbert L. A. Hart, y el ofrecido por la teoría *interpretativista* de Dworkin.

De las respuestas positivistas al desafío dworkineano, me centraré en tres. Sin dudas, tres enfoques teóricos acerca del desacuerdo en el derecho es poco desde el punto de vista cuantitativo. Como ya dije, se trata de uno de los temas más trajinados de la actualidad, y ello se evidencia en la enorme proliferación de textos a su respecto. Aunque a lo largo del trabajo —y hasta el final— se irán haciendo claras muchas razones subyacentes a mis elecciones metodológicas, es conveniente explicitar algunas desde ahora.

Por un lado, la literatura existente es demasiado amplia como para ser adecuadamente abarcada⁶. En este sentido, he preferido trabajar sobre unos pocos

⁶ Sólo por mencionar algunos trabajos (y sólo en castellano o inglés) a los que, sin embargo, no haré más referencia que la presente: WALDRON, 1999/2005; HIMMA, 2003a; SMITH, 2010; PATTERSON, 2011; SCIARAFFA,

materiales que pueda analizar *in extenso*, más que de manera menos detallada sobre muchos. Por otro lado, como ya he dicho, bajo el título de «la cuestión de los desacuerdos» o similar, incluyendo el eslogan del «argumento de Dworkin sobre el desacuerdo», se han tratado muchos temas diversos y no estoy seguro de que un estudio general que pretenda abarcarlos todos vaya a poder tener (viabilidad material al margen) una homogeneidad narrativa razonable. Finalmente, las tres respuestas a Dworkin sobre las que me concentraré se prestan, a la vez, para un bastante profuso análisis crítico y para un rico aprendizaje. Sobre su base intentaré ofrecer una contribución propia.

El recorrido que seguiré será, a grandes rasgos, el siguiente.

En el primer capítulo presentaré el desafío basado en el fenómeno de los desacuerdos en el derecho que Dworkin dirige al positivismo jurídico hartiano. A su vez, presentaré la estrategia explicativa que ofrece en su lugar. Dos características del capítulo deben ser destacadas. En primer término, es bastante extenso. Y ello por dos razones: por un lado, porque la comprensión y el valor de su desafío dependen de manera crucial de la reconstrucción que hace del positivismo hartiano, con lo que presentaré dicha reconstrucción en detalle. Por otro lado, porque pretendo mostrar que, aunque su «argumento de los desacuerdos» sea distinguible de otros de los que elabora, se trata de la pieza clave de toda su construcción teórica, tanto en su faz crítica del positivismo jurídico como en su faz propositiva, la teoría interpretativista del derecho. Dworkin mismo declara expresamente que *Law's Empire*, el libro en el que presenta de manera más detallada su concepción iusfilosófica, es un libro acerca del desacuerdo en el derecho⁷, pero a mi entender aún no se ha enfatizado lo suficiente la relevancia que este fenómeno de la praxis jurídica tiene para todo el conjunto de su filosofía del derecho, incluyendo sus trabajos tanto anteriores como posteriores a dicho libro. El «argumento de los desacuerdos» (con —y acaso *por*— la amplitud y ambigüedad que según veremos tiene) se constituye en un auténtico hilo conductor de las ideas de Dworkin sobre el derecho, en una lente con el que verlas a su mejor luz. Y

2012; PLUNKETT & SUNDELL, 2013a; PLUNKETT & SUNDELL, 2013b; PLUNKETT & SUNDELL, 2014; ITURRALDE SESMA, 2014; BAUM LEVENBOOK, 2015; DYRDA, 2016; POSCHER, 2016; RAMÍREZ LUDEÑA, 2016; VILLA, 2016.

⁷ DWORKIN, 1986: 11.

así he procurado presentarlas. Con ello se pone de relieve, por cierto, su muy alto grado de consistencia interna.

De lo antedicho surge parte de la explicación para la segunda gran característica del primer capítulo: a diferencia de los restantes, será casi puramente reconstructivo. Salvando algunos apuntes en general marginales, fundamentalmente orientados a rearticular (y no a desarticular) el entramado intelectual dworkineano, no le presentaré mayores objeciones en el capítulo mismo. El resto de la explicación para ello está dado por dos elementos centrales. Por una parte, porque las tres respuestas que luego pasaré a analizar están, como adelanté, dirigidas en contra de los argumentos de Dworkin, y porque mi propia posición le será, en definitiva, también contraria. Por otra parte, porque una de las tesis centrales que procuraré cimentar y defender luego de la presentación de su teoría, y con las que concluiré este trabajo, es que el desafío adolece de cuatro vicios de base que, según creo, lo desacreditan en enorme medida. En el contraste entre un detallado análisis crítico y su también detallada —pero aséptica— presentación, ese descrédito se evidenciará, según creo, aún mejor.

Dicho análisis crítico comienza en el capítulo II. Allí presento y discuto en primer término la respuesta al desafío ofrecida por Giovanni Ratti. Los elementos centrales de dicha respuesta son la denuncia de una ambigüedad de base en la objeción de Dworkin y una clasificación entre diversos tipos de desacuerdos jurídicos que ameritan —según Ratti— elucidaciones distintas.

En segundo término analizo la propuesta de Brian Leiter, quien funda su réplica a Dworkin discutiendo la relevancia empírica (y de allí, la relevancia «a secas») del fenómeno de los desacuerdos, y por ende el papel explicativo que en relación con dicho fenómeno deba cumplir la teoría jurídica.

Aunque discuto el detalle de cada uno de estos tres hilos argumentativos, en el propio capítulo intento ofrecer para ellos enmiendas y sugerencias de sofisticación, tarea que continúo en el capítulo IV.

Aun dentro de ese mismo capítulo II, presento en tercer término un apéndice con una discusión del escepticismo (meta)interpretativo en la poderosa forma que le ha dado el maestro genovés Riccardo Guastini. Como desarrollo allí mismo, creo que tal discusión tiene un interés múltiple: arroja algo de luz sobre una actividad —la

interpretación de disposiciones jurídicas— que de manera destacada origina desacuerdos en el derecho; permite comprender mejor algunos aspectos de la propuesta de Ratti —que presupone dicho escepticismo—; y prepara el camino para lo que presentaré en el capítulo IV acerca de los niveles del lenguaje, el lenguaje propio del discurso iusteórico y sus diferencias y relaciones con el jurídico-práctico.

En el capítulo III presento y analizo la respuesta a Dworkin de Kevin Toh, quien vuelve a las raíces dadas por el positivismo de Hart, blanco original del embate dworkineano, releyéndolo a luz de los más recientes desarrollos del expresivismo en metaética. Dos elementos de su trabajo han de ser destacados: la puesta en el centro del debate de la distinción hartiana entre enunciados jurídicos internos y externos, con especial énfasis en el carácter normativo de los enunciados internos, y la reconstrucción del desafío de Dworkin en términos de que éste adjudicara a Hart el ofrecer un análisis que caracterizaría de manera descriptivo-naturalista al discurso interno. Tras la discusión de otros elementos de la propuesta de Toh, rescato esos dos elementos, que llevo conmigo hacia el capítulo IV.

Llegado ya a esa —última— instancia, me dedico a recolectar y ajustar entre sí las distintas piezas mencionadas. Con ellas intento:

- 1) elaborar una reconsideración del desafío de Dworkin basado en los desacuerdos como cuádruplemente viciado, por dos cuestiones que denomino «de tipo teórico» y otras dos que denomino «de tipo empírico». De allí destaca la discusión del que presento como fundamento filosófico basal del trabajo de Dworkin: su «antiarquimedismo».

- 2) Luego busco presentar los elementos centrales para un tratamiento comprehensivo del fenómeno de los desacuerdos jurídicos, atendiendo especialmente a las implicancias que sus diversas formas pueden tener sobre una concepción teórica general del derecho en la línea positivista. De ellos destacan la diferenciación entre desacuerdos que llamo «fundamentales» y los que no lo son, y el distinto cariz que adquieren los desacuerdos según sean sostenidos desde una perspectiva participativa o una teórica, así como el hecho de que procuro dar unas breves impresiones con las que conectar las diversas piezas de la explicación positiva bajo el reparo de una versión del positivismo ligada, al menos aproximadamente, al así llamado «convencionalismo profundo».

3) Finalmente, intento revisar (parcialmente) los roles, instrumentos y métodos que corresponden a una tal concepción positivista, teniendo particularmente en cuenta —de nuevo— la distinción entre discursos de participantes y observadores. El énfasis está puesto en la relación entre lenguaje y metalenguaje, donde busco resaltar el carácter retroalimentador de los vínculos que ambos mantienen entre sí. En particular relación con el tratamiento teórico de los desacuerdos en el derecho, ello implica que desde el punto de vista teórico es conceptualmente imposible involucrarse directamente en el juzgamiento de la corrección de las posiciones de primer orden enfrascadas en un desacuerdo, aunque ciertamente puede constreñirse el rango de posiciones a ser adoptadas, y así pone de relieve lo que llamo una situación de «asimetría» fundamental en la relación con el derecho de participantes, por un lado, y teóricos, por el otro. Ello supone tomarse enfáticamente en serio la idea de que, en palabras de Shapiro:

[p]uede que no haya una respuesta correcta para estas disputas, pero usualmente hay respuestas equivocadas. En segundo lugar, y esto es más importante, una teoría del derecho debería dar cuenta de la *inteligibilidad* de los desacuerdos teóricos, pero no necesariamente proveer una solución para ellos. Una teoría adecuada, en otras palabras, debe mostrar que para los participantes tiene sentido desacordar entre sí acerca de los fundamentos de derecho. El hecho de que exista una única solución a estas disputas es una cuestión enteramente distinta, y contingente, y una teoría del derecho no debería, en efecto, no debe, exigir una sólo porque los participantes creen que la hay.⁸

De la discusión final en el presente trabajo, se desprende una forma más fuerte de plantear el último punto de Shapiro en el pasaje citado: la teoría del derecho está impedida, conceptualmente, de exigir una solución para las controversias entre participantes del derecho.

Así queda planteado el recorrido que propongo. Es momento de comenzar a transitarlo.

⁸ SHAPIRO, 2007: 49. Énfasis en el original. La traducción es propia, el original dice: *There may be no right answer to these disputes, but there are usually wrong ones. Second, and more important, a theory of law should account for the intelligibility of theoretical disagreements, not necessarily provide a resolution of them. An adequate theory, in other words, ought to show that it makes sense for participants to disagree with each other about the grounds of law. Whether a unique solution to these disputes actually exists is an entirely different, and contingent, matter, and a jurisprudential theory should not, indeed must not, demand one just because participants think that there is one.*

CAPÍTULO I

Dworkin contra el positivismo jurídico

Interpretación, argumentación y desacuerdos en el derecho

I

INTRODUCCIÓN

La obra del recientemente fallecido filósofo estadounidense Ronald Dworkin es una de las principales fuentes de trabajo y discusión en la filosofía del derecho contemporánea. Su labor comenzó fundada especialmente en la impugnación del positivismo jurídico, al que consideró una teoría jurídica inadecuada, incapaz de dar cuenta de rasgos centrales del derecho. El desarrollo de su tarea, no obstante, no ha sido puramente crítico. Por el contrario, Dworkin ha elaborado una teoría del derecho que pretende completa y cabal, y que ha ido defendiendo como alternativa teórica más plausible a lo largo de los años.

En este sentido, la expresión más articulada de su proyecto propositivo está, según creo, en su destacado libro *Law's Empire*, publicado en 1986¹. En este ensayo, Dworkin no sólo ofrece argumentos contra el positivismo jurídico, sino también contra la escuela iusrealista norteamericana, y estructura asimismo su teoría del «derecho como integridad». De todos modos, Dworkin continuó trabajando en la complementación y refinamiento de su teoría, y así es que encontramos cantidad de publicaciones y artículos en que defiende su propuesta, siempre un eje de las discusiones iusfilosóficas de las últimas tres décadas². Con respecto a su teoría del derecho, puede afirmarse —haciéndonos eco de la opinión de Moreso— que se ha desenvuelto en tres grandes etapas: la de *Taking Rights Seriously*³, la de *Law's Empire*, y la de *Justice in Robes*⁴: una primera fase crítica (especialmente del positivismo jurídico) y en la que se promueven los primeros pasos de un enfoque que busca ser

¹ DWORKIN, 1986.

² IGLESIAS VILA, 1999: 24.

³ DWORKIN: 1977/1978. En este capítulo (pero no en los siguientes) las referencias bibliográficas a este trabajo serán según la traducción castellana: DWORKIN, 1977/1989.

⁴ DWORKIN, 2006.

novedoso, una segunda etapa signada por la pretensión de articular una teoría del derecho distintiva, y una tercera en la que se afrontan los desafíos y críticas dirigidos a dicha teoría⁵.

De los diversos asuntos tratados por Dworkin, en este trabajo me interesa especialmente una cuestión en la que hace profundo hincapié: los desacuerdos en el derecho.

Según este autor, un aspecto central de la práctica jurídica es que está signada por el desacuerdo, la discrepancia, la discusión. Para Dworkin, el desacuerdo en el campo del derecho es lo suficientemente profundo, generalizado y persistente como para constituir una de sus características distintivas. Es por ello que afirma entender al derecho fundamentalmente como una práctica argumentativa⁶. Este carácter argumentativo supone que la práctica consiste en amplia medida en que sus participantes realicen afirmaciones diversas sobre lo que exige el derecho, ofreciendo razones para justificarlas⁷, y se evidencia en las distintas esferas abarcadas por el derecho, yendo desde la conducta de los ciudadanos respecto de la indagación que cada uno hace sobre qué les es jurídicamente exigido, y pasando por la conducta de los funcionarios —como legisladores o jueces—, hasta llegar también a la enseñanza y el análisis teórico del derecho. Así, los jueces de un tribunal llamados a decidir un caso, los ciudadanos preguntándose qué es lo que el derecho dispone sobre un determinado asunto, un grupo de legisladores buscando regular el ejercicio de un derecho constitucionalmente establecido, o los profesores de derecho estudiando los sistemas jurídicos o (en todo o parte) un sistema en particular, se embarcan continuamente en discusiones, sosteniendo puntos de vista distintos y no pocas veces contrapuestos.

En lo que sigue, intentaré reconstruir algunos de los rasgos centrales de la posición de Dworkin en materia de teoría jurídica, con el fin de presentar de la mejor manera posible la discusión a que ha dado lugar en torno al fenómeno de los

⁵ MORESO, 2009b: 244, n. 12. Posteriormente, Dworkin publicó su libro *Justice for Hedgehogs* (DWORKIN, 2011) que, según creo, se destaca menos como aporte sustantivo a su teoría del derecho que como una presentación articulada y homogénea de dicha teoría en el marco más amplio de las filosofías moral y política que también había ido desarrollando en paralelo a través de múltiples trabajos.

⁶ Véase DWORKIN, 1986: 13: *Legal practice, unlike many other social phenomena, is argumentative. Every actor in the practice understands that what it permits or requires depends on the truth of certain propositions that are given sense only by and within the practice; the practice consists in large part in deploying and arguing about these propositions.* (Énfasis en el original.)

⁷ SHAPIRO, 2007: 35.

desacuerdos en el derecho. Para ello me serviré especialmente del contrapunto crítico que ha sostenido a lo largo de toda su obra con el positivismo jurídico. En este sentido, la intención es la de presentar los argumentos dworkineanos relativos a los desacuerdos, pero dando asimismo el marco teórico más general (tanto crítico como —aunque en menor medida— propositivo) en el que se los inserta. Las críticas al positivismo funcionarán como hilo conductor.

Por idénticas razones, y de acuerdo al objetivo que me propongo para este capítulo y para el proyecto en que se inserta, aclaro que lo que sigue es centralmente reconstructivo, y por ello los limitados comentarios críticos que se encontrarán en estas líneas estarán específicamente relacionados con dicha labor reconstructiva, o a lo sumo tendrán una pretensión meramente ilustrativa de alguno de los muchos puntos de discusión del trabajo de Dworkin. En buena medida, sin embargo, muchas cuestiones centrales de toda esa discusión serán sencillamente dejadas de lado, y el debate puntual en torno a los desacuerdos en el derecho será desarrollado en los capítulos subsiguientes.

II

EL POSITIVISMO JURÍDICO DEL MODELO DE REGLAS (I)

1. Tres tesis definatorias

Como dijera y es bien sabido, Ronald Dworkin es uno de los más grandes críticos del positivismo jurídico de las últimas décadas. Un punto central para el adecuado entendimiento de su obra es, entonces, la manera en que él mismo caracteriza la concepción positivista del derecho.

La primera fase de la crítica de Dworkin al positivismo jurídico puede ser señalada aproximativamente apuntando a su libro *Taking Rights Seriously*. En dicho libro, publicado originalmente en 1977, se recopilan una serie de artículos de entre los cuales destaca el titulado *The Model of Rules I* (de aquí en más, MR1)⁸.

⁸ No obstante, téngase en cuenta que MR1 fue originalmente publicado en 1967, bajo el título «The Model of Rules».

En MR1 Dworkin afirma dirigir sus críticas contra el positivismo jurídico en la «poderosa forma que le ha dado H. L. A. Hart»⁹. De este modo, pasa a caracterizar al positivismo hartiano, relevando tres tesis que considera definitorias:

1.1. La tesis del *pedigree*

De acuerdo con la tesis del *pedigree*, para el positivismo jurídico, el derecho está compuesto por una serie de normas, que pueden ser identificadas solamente por la fuente institucional de las que dimanar: por su origen, y no por su contenido. En sus propias palabras, para el positivismo

[e]l derecho de una comunidad es un conjunto de normas especiales usadas directa o indirectamente por la comunidad con el propósito de determinar qué comportamiento será castigado o sometido a coerción por los poderes públicos. Estas normas especiales pueden ser identificadas y distinguidas mediante criterios específicos, por pruebas que se relacionan no con su contenido, sino con su *pedigree* u origen, o con la manera en que fueron adoptadas o en que evolucionaron. Estas pruebas de origen se pueden usar para distinguir las normas jurídicas válidas de las espurias (aquellas que abogados y juristas defienden equivocadamente como reglas de derecho), y también de otros tipos de reglas sociales (agrupadas generalmente bajo el término «normas morales») que la comunidad sigue, pero que no impone mediante la fuerza pública¹⁰

La tesis del *pedigree* está obviamente vinculada a la idea hartiana de la *regla de reconocimiento*. Volveré sobre ella más adelante.

1.2. La tesis de la *discreción judicial*

Según esta segunda tesis, el conjunto de normas jurídicas identificadas de acuerdo a su *pedigree* agota el derecho de una comunidad. De este modo, cuando un juez debe resolver un conflicto entre partes que versen sobre una cuestión acerca de la que el derecho establecido no dice nada, se encuentra en una situación de libertad de decisión, tiene discreción para elegir una solución S u otra solución R, y el aparato jurídico estará allí para respaldar su decisión, pese a no haberla predeterminado.

⁹ DWORKIN, 1977/1989: 65.

¹⁰ DWORKIN, 1977/1989: 65. Énfasis en el original.

1.3. *La tesis de la obligación jurídica*

Para esta presentación del positivismo hecha por Dworkin, uno tiene una obligación jurídica cuando hay una norma perteneciente al derecho, de acuerdo a los tests de identificación basados en su *pedigree*, que impone tal obligación. No hay otras obligaciones jurídicas que aquellas establecidas por las normas válidas del sistema jurídico, que son aquellas que superan el estándar positivista basado en su origen o forma de evolución.

2. *Reglas y principios*

Para Dworkin, y ésta es la primera gran crítica que hace al positivismo jurídico, una teoría consistente en estas tesis es incapaz de dar cuenta del importantísimo rol que en la práctica cotidiana del derecho juegan lo que él llama *principios jurídicos*.

De acuerdo con su caracterización, los principios jurídicos son estándares normativos muy diferentes de las normas (reglas¹¹) que el positivista tiene en mente. La diferenciación entre ambos tipos de estándares normativos puede trazarse como sigue.

2.1. *Contenido moral*

Genéricamente, los principios son estándares jurídicos que están definidos —a diferencia de las reglas según el positivista— por su contenido o valor intrínseco. En este sentido, dice Dworkin:

Llamo «principio» a un estándar que ha de ser observado (...) porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.¹²

Trayendo a colación una serie de pronunciamientos judiciales, Dworkin procura mostrar cómo en la práctica es constante la apelación a principios jurídicos. Un

¹¹ El uso de los términos «norma» y «regla» es un tanto dispar en la literatura especializada, justamente a partir del debate Hart/Dworkin en este punto. Aquí adoptaré la terminología propuesta en ATIENZA & RUIZ MANERO, 1991: 102, n. 1. De acuerdo con esta terminología, la palabra «norma» designa el género de los estándares normativos jurídicos, del cual las reglas y los principios son dos especies distintas, diferenciadas justamente a partir de lo aportado en este sentido por Ronald Dworkin. Por supuesto, ello no obstará a que en ocasiones, cuando por el contexto resulte claro, use el término «norma» en lugar de «regla» o «principio», para evitar repeticiones incómodas, incluidos casos en que refiera a autores anteriores a esta precisión terminológica.

¹² DWORKIN, 1977/1989: 72.

ejemplo ya clásico es el que da con el caso «Riggs vs. Palmer». En este caso, se discutió en tribunales si un heredero testamentario podía heredar cuando él mismo había asesinado al causante (su abuelo). La mayoría del tribunal resolvió, tal como en este punto describe Dworkin el caso, que aunque las leyes sucesorias concedían la herencia al homicida (porque ninguna preveía el caso del homicidio del causante achacándole una prohibición), en el caso era aplicable el principio jurídico según el cual a nadie le es permitido «aprovecharse de su propio fraude o sacar partido de su propia injusticia, o fundar demanda alguna sobre su propia iniquidad o adquirir propiedad por su propio crimen»¹³. Podemos enunciar este principio de forma abreviada (y aproximada), diciendo que «nadie puede beneficiarse de su propio delito».

Principios como el aludido son de común referencia en la praxis jurídica, y por ende una adecuada teoría del derecho tiene que ofrecer acerca de ellos un marco de explicación y comprensión satisfactorio.

La diferenciación entre principios y reglas no está solamente dada por la nota genérica de que mientras unos son definidos justamente por referencia a su contenido, las otras son identificadas exclusivamente en atención a su *pedigree* u origen. Dworkin desarrolla la distinción señalando otras contraposiciones.

2.2. «A todo o nada»

Las reglas que el positivismo tomaría como características del derecho operan a la manera de «todo o nada». Están lógicamente estructuradas con un antecedente de hecho, que de obtenerse debe dar lugar a una consecuencia jurídica establecida por la regla misma.

Por ejemplo, el art. 79 del Código Penal argentino establece una regla, al decir que «Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro siempre que en este código no se estableciere otra pena». El antecedente de hecho previsto es la muerte de una persona por otra, la consecuencia jurídica imputada a dicho antecedente es la condena a prisión o reclusión por un plazo de entre ocho y veinticinco años.

¹³ DWORKIN, 1977/1989: 73.

En la literatura iusfilosófica hay diversos análisis de la estructura de las normas jurídicas muy difundidos que tratan de poner de relieve este rasgo. Así, Kelsen presenta a todas las normas jurídicas como prescripciones, reconstruibles como juicios hipotéticos de acuerdo al enunciado «Dado A, debe ser B», donde A es un antecedente de hecho y B una consecuencia jurídica prevista¹⁴. Por su parte, una forma¹⁵ en que Alchourrón y Bulygin definen a una norma es como un enunciado que correlaciona un caso con una solución¹⁶.

No es ésta la estructura de los principios jurídicos. Los principios, como el de que nadie puede beneficiarse de su propio delito, ni tienen necesariamente un antecedente de hecho bien establecido, ni fijan una consecuencia que invariablemente haya de seguirse.

Atienza y Ruiz Manero¹⁷ han señalado la primera parte de esta diferencia estructural diciendo que, aunque tanto reglas como principios son enunciados que correlacionan un caso con una solución, el antecedente difiere en que mientras para las primeras el conjunto de propiedades que lo constituye (esto es, que configura el «caso») está cerrado, en los segundos no lo está. Así, las condiciones en las cuales una regla R ha de producir efectos jurídicos están plenamente determinadas (salvando inescapables cuestiones de vaguedad del lenguaje), pero no lo están para un principio P. Los principios configuran el caso de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada.

¹⁴ KELSEN, 1945: 46. Juicios que son descriptivos de las normas, llamados por Kelsen «reglas de derecho». Para Kelsen el antecedente siempre es un acto antijurídico y la consecuencia es siempre una sanción, términos, ambos, que él mismo define de una manera característica y que es objeto de amplios debates. Para mis propósitos actuales, baste ahora la mención de su formulación, y la aclaración de que, en su caracterización, el acto antijurídico se define justamente por la sanción, que es para él el concepto jurídico primario. Esto es, es un acto antijurídico todo aquel al que el ordenamiento jurídico imputa una sanción.

¹⁵ Hay otras, y a su vez todas son sujetas a precisiones ulteriores de las que aquí puedo prescindir.

¹⁶ ALCHOURRÓN & BULYGIN, 1975: 79 y 99. Otra definición genérica dada por Alchourrón y Bulygin es como todo enunciado que ordena, prohíbe o permite una conducta determinada (97 y 99). Más específicamente, consideran que es jurídica toda norma que pertenece a un sistema jurídico (103), y a su turno señalan el carácter central que la sanción coercitiva y socialmente organizada tiene para caracterizar a un sistema normativo como *jurídico* (103-104 y 106). De este modo, un sistema jurídico es para ellos un sistema normativo al que pertenece al menos una norma que correlaciona un caso con una solución sancionatoria (106), es decir, que para un supuesto de hecho H prevé una sanción S.

¹⁷ ATIENZA & RUIZ MANERO, 1991: 108; ATIENZA & RUIZ MANERO, 1996/2004: 30-33.

2.3. Excepciones

Esta caracterización es útil para entender otro rasgo de los que señala Dworkin a efectos de distinguir principios de reglas: es común que una regla aparentemente formulada en términos más o menos categóricos encuentre una serie de excepciones en diferentes piezas del material normativo del ordenamiento. Al menos en teoría, sin embargo, uno podría formular acabadamente una regla del ordenamiento enumerando todas las excepciones que ésta tenga establecidas. En efecto, precisamente en eso consiste formular la regla de manera *completa*. Esto no sucede con los principios. De acuerdo con Dworkin, no hay manera de establecer de antemano todas las excepciones posibles a la aplicación de un principio jurídico dado, que pueden ser múltiples, cambiantes, y dependientes de circunstancias imprevisibles *ex ante*. La citada caracterización de Atienza y Ruiz Manero también muestra este rasgo al sostener que los principios «configuran el caso de forma abierta».

2.4. Conclusividad

Así arribamos a una nueva diferencia de la caracterización de reglas y principios. Mientras las primeras establecerían directivas concluyentes («debe hacerse X»), los principios son estándares que no ofrecen soluciones con semejante carácter. Simplemente son orientativos, llevan a enfocar la decisión a adoptar hacia uno u otro lado, pero sin determinarla completamente. Según dice Dworkin,

los principios enuncian una razón que discurre en una sola dirección, pero que no exige una decisión en particular¹⁸

Por ejemplo, la mencionada regla contenida en el artículo 79 del Código Penal argentino prevé, para el caso de un homicidio, la pena de prisión a reclusión, por un plazo de entre ocho y veinticinco años. El juez entonces quedaría obligado por dicha regla a penar de la forma así dispuesta a quien ha cometido homicidio. Ahora bien, es claro que un principio como «Nadie puede beneficiarse de su propio delito» no exige necesariamente que un heredero que ha asesinado a su causante no pueda cobrar la herencia. Podría, por caso, cobrar la mitad o alguna otra fracción, podría cobrarla en

¹⁸ DWORKIN, 1977/1989: 76.

todo o en parte pero con la prohibición expresa de disponer de ella en ciertas formas especificadas, etc. El principio es lo suficientemente amplio como para hacer lugar a diferentes soluciones de un caso concreto de aplicación.

2.5. *Peso y ponderación*

El anterior punto muestra entonces una nueva diferencia. Los conflictos entre reglas se definen de acuerdo a un test de validez. Cuando más de una regla parece aplicable a una misma situación de hecho, o bien una constituye una excepción de la otra, modificando el alcance que *prima facie* su formulación parece darle, o bien alguna de las dos reglas es inválida. Para Dworkin, los conflictos entre principios que parecen aplicables a una misma situación fáctica se dirimen por una dimensión de la que las reglas carecen: la dimensión de *peso*; un principio prevalecerá sobre otro/s por su peso relativo (relativo a las circunstancias particulares del caso que ha de resolverse)¹⁹. Esto es lo que la literatura iusfilosófica contemporánea ha venido tratando con el título de *ponderación*. La ponderación es el balance entre principios que debe hacerse para resolver un caso presentado justamente como de conflicto entre principios. En los casos en que un principio aplicable no prevalece —es decir, la solución justificada no está en la dirección a la que ese principio apunta— no por ello «pierde validez» (o deja de ser jurídico, o algo por el estilo), sino que sobrevive intacto, y en casos similares volverá a entrar en juego, deberá ser tenido en cuenta. Y según las circunstancias, podrá llevar a dictar soluciones diferentes a las del caso anterior²⁰.

3. *Hart y la variedad de reglas. La regla de reconocimiento*

Comprometido el positivismo con la tesis del *pedigree*, la ulterior tesis de la discreción parece derivarse fácilmente: el derecho se agotaría en aquello que es empíricamente comprobable. La regla R, por ejemplo, es jurídica si y porque ha sido

¹⁹ Las que aquí he repasado como diferencias 2) a 4) inclusive, son diferencias que Dworkin trata de forma homogénea. Se refiere a ellas genéricamente, y comienza a tratarlas diciendo que entre reglas y principios hay «una distinción lógica». Por su parte, 5) (la dimensión de peso de los principios) es tratada como una segunda diferencia. Sin embargo, el hecho de que las normas carezcan de peso y los conflictos entre ellas se definan en términos de validez es también relativo a su estructura lógica, de manera que me parece más razonable (y adecuado a efectos analíticos) señalar las diferencias de la forma más pormenorizada que aquí intento.

²⁰ La literatura sobre ponderación es amplísima. Para un autor que ha trabajado el tema de manera profusa y distintiva, véase ALEXY, 1978/2008; ALEXY, 1986/1993 (esp. 89 ss.).

sancionada por la Reina en el Parlamento²¹, y en la comunidad tenemos entre nuestros criterios de validez jurídica el de que toda regla sancionada por la Reina en el Parlamento es de carácter jurídico. Si un juez tiene la obligación de resolver un caso no cubierto por ninguna regla que, como R, cumpla con alguno de los criterios de validez de nuestra comunidad, entonces tiene discreción para resolver de un modo u otro, y al hacerlo procede a la creación de derecho nuevo.

Como señalé más arriba, la tesis del *pedigree* está vinculada a la idea hartiana de la regla de reconocimiento. De hecho, la tesis es básicamente la forma en que Dworkin enuncia dicha idea. Me referiré entonces a ella.

Para Hart se gana mucho en la comprensión del derecho cuando se piensa en éste en términos de la interacción entre reglas de distinto tipo. Uno de los elementos más destacados de la teoría hartiana es, entonces, la distinción que traza entre reglas primarias y secundarias.

Las reglas primarias son reglas de conducta, dirigidas a calificar deónticamente acciones humanas. Una regla tal establece que un determinado comportamiento está prohibido, permitido, o es obligatorio. La idea de obligación es bien representativa de este tipo de normas y del derecho en general. Como dice Hart, «donde hay normas jurídicas la conducta se hace en algún sentido no optativa, u obligatoria»²².

Por ello pueden encontrarse muchos pasajes de su principal libro, *El concepto de derecho*, en que Hart alude a las reglas primarias como normas de obligación. No obstante, no debe perderse de vista que la forma en que se las caracteriza es como reglas referidas directamente a la conducta humana, de modo que tiene perfecto sentido decir que las reglas que establecen la permisón o prohibición de ciertas conductas son, también, primarias²³. Repitiendo lo antedicho, se trata de reglas que califican deónticamente la conducta. Típicamente, uno puede calificar como de este

²¹ Esta es la formulación deliberadamente simplificada de la regla de reconocimiento inglesa que utiliza Hart para ilustrar sus ideas. HART, 1961/1963: 31-32, 133, *passim*.

²² HART, 1961/1963: 102.

²³ Sin ir más lejos, vale la pena recordar que los operadores modales deónticos (permitido, prohibido, obligatorio) son interdefinibles entre sí a partir de la permisón y su negación. Sea *Pp*, «permitido *p*»; *Php*, «prohibido *p*»; y *Op*, «obligatorio *p*», resultará lo siguiente:

$$Pp \equiv \neg Op \equiv \neg Php$$

$$\neg Pp \equiv Op \equiv Php$$

$$P\neg p \equiv \neg Op \equiv \neg Ph\neg p$$

$$\neg P\neg p \equiv Op \equiv Ph\neg p$$

Sobre este punto, véase ECHAVE, GUIBOURG & URQUIJO, 1980: 123-124.

tipo a una regla como la citada del Código Penal argentino que castiga el homicidio con la cárcel. Suele considerarse que una norma de esta clase refiere indirectamente otra: la de que no debe cometerse homicidio. Por ejemplo, Kelsen sostiene que una norma que podemos estructurar del modo «Dado A, debe ser B», donde A es una conducta antijurídica y B la sanción que se le imputa a ésta²⁴, está dirigida a los jueces (estableciendo para ellos el deber de castigar la conducta A), y puede por su parte ser tomada por los ciudadanos como una norma que reza: «Debe ser no-A»²⁵.

La noción de reglas secundarias es uno de los más importantes aportes teóricos de Hart. Aunque el autor inglés da caracterizaciones diversas sobre este tipo de normas²⁶ (en ocasiones conflictivas entre sí y respecto de su correspondiente caracterización de las reglas primarias²⁷) podemos aquí preservar la idea de que se trata de reglas referidas no directamente a las conductas de los individuos sino a otras normas del sistema.

Hart destaca tres tipos genéricos de reglas secundarias como distintivas de los sistemas jurídicos desarrollados²⁸. Estos tres tipos son las reglas de cambio, las de adjudicación y la regla de reconocimiento.

Las reglas de cambio son aquellas que hacen lugar a la dinámica del sistema, esto es, a la posibilidad de que el derecho regule su propio desarrollo, modificación y ajuste. En palabras de Hart, la forma más simple de regla de cambio

es aquella que faculta a un individuo o cuerpo de personas a introducir nuevas reglas primarias para la conducción de la vida del grupo, o de alguna clase de hombres que forman parte de él, y a dejar sin efecto las reglas anteriores.²⁹

²⁴ Y, recordemos, para Kelsen la imputación de una sanción es lo que vuelve a la conducta en cuestión «antijurídica». Es decir, acto antijurídico y sanción no son, para Kelsen, independientes. Véase KELSEN, 1945: 62.

²⁵ KELSEN, 1945: 61.

²⁶ Al respecto, véase TAPPER, 1973: 248 ss.; y FERRER BELTRÁN, 2000: 76-82.

²⁷ Recuérdese que los operadores deónticos son interdefinibles, de modo que toda norma referida a la conducta puede presentarse como norma de obligación, de prohibición, etc. Véase también FERRER BELTRÁN, 2000: 78 y 81.

²⁸ De hecho, en su exposición presenta a las normas secundarias estableciendo una comparación entre una situación «pre-jurídica», como la que constituiría una comunidad en donde sólo operan normas primarias de obligación, y una comunidad con un derecho ya maduro, como la que podrían configurar *grosso modo* las culturas jurídicas occidentales de nuestros días. HART, 1961/1963: 113 ss.

²⁹ HART, 1961/1963: 119.

Puede apreciarse que se trata de reglas como las que típicamente otorgan y regulan potestades legislativas, estableciendo procedimientos para la creación de normas nuevas, y la modificación y derogación de normas preexistentes.

Las reglas de adjudicación son por su parte normas que establecen la autoridad para determinar cuándo se han producido violaciones a las normas primarias de conducta, incluidas aquellas que establecen los procedimientos para realizar dicha determinación y aquellas relacionadas con el poder jurídico de imponer los castigos establecidos por el derecho para aquellos casos de violación a las normas de conducta. Se trata de normas que centralizan la presión social para el cumplimiento de las normas primarias.

Finalmente, la regla de reconocimiento. La regla de reconocimiento de Hart es una regla jurídica que tiene la estructura de una regla de tipo social, constituida por una compleja práctica conjunta y convergente de la comunidad de operadores jurídicos (especialmente, los jueces), que contiene los criterios de validez de las demás normas del sistema, esto es, que establece qué (cómo) otras normas de la comunidad cuentan como específicamente jurídicas. La regla de reconocimiento permite identificar qué normas conforman el derecho de una comunidad, y con ello diferenciarlas de otros conjuntos normativos operantes en ella, como, por ejemplo, de las normas de etiqueta, de práctica de distintos deportes, etc. Como dice Hart, la regla de reconocimiento

especificará alguna característica o características cuya posesión por una regla sugerida es considerada como una indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla del grupo³⁰

La regla de reconocimiento, de acuerdo con Hart, es la regla última, y le da al derecho unidad, introduciendo la idea de que éste es asimilable a un sistema. En sistemas desarrollados con reglas de reconocimiento complejas, éstas pueden a su vez incluir, por ejemplo, una ordenación jerárquica de los criterios que las conforman³¹. La

³⁰ HART, 1961/1963: 117.

³¹ Así, por ejemplo, en Inglaterra las normas del *common law* están supeditadas –esto es, son jerárquicamente inferiores– a las normas producto de la actividad legislativa. En los países del llamado «derecho continental» (o *civil law*) suele darse una análoga sumisión jerárquica del derecho consuetudinario al legislado.

existencia de la propia regla de reconocimiento es una cuestión empíricamente verificable, pues depende de la práctica de identificación y validación de normas conformada y seguida por los tribunales de la comunidad. La pregunta por la validez de la propia regla de reconocimiento, en tanto, es un sinsentido, porque el contexto en que se predica la validez de las normas jurídicas es el contexto interno al sistema jurídico. La regla de reconocimiento, en este sentido, no es ni válida ni inválida (no está validada por otra regla del sistema). El sistema, por su parte, está conformado por las reglas validadas de acuerdo a los criterios de la regla de reconocimiento. De aquí que se pueda apreciar su carácter de regla última³².

4. Cuestiones de la regla de reconocimiento y estrategias de ajuste

Como parece fácil advertir, la tesis del *pedigree* con que Dworkin caracteriza al positivismo hartiano se desprende de su lectura de la noción de regla de reconocimiento. De acuerdo con él, la forma en que Hart expone el concepto de REGLA DE RECONOCIMIENTO muestra que, para el positivismo, la práctica de identificación de las normas está irremediabilmente vinculada con el origen y forma de producción de éstas. Ello quiere decir que para Dworkin los criterios que puede contener la regla de reconocimiento positivista para la identificación y validación de otras normas jurídicas, sólo pueden estar relacionados con hechos empíricamente verificables, hechos sociales, como la sanción de dichas normas a partir de un determinado procedimiento y por parte de ciertas autoridades.

Según Dworkin, entonces, la regla de reconocimiento es incapaz de dar cuenta de la presencia de los principios y el rol que desempeñan en la práctica jurídica. El positivista, sugiere, podría intentar compatibilizar la idea de la regla de reconocimiento con los principios jurídicos. Pasa entonces a analizar críticamente distintas estrategias posibles.

4.1. Verificación vs. argumentación

Como viéramos, los principios según este enfoque se distinguen por su contenido, y no por su origen o la forma en que son adoptados y utilizados por los

³² SHAPIRO, 2009: 239.

operadores jurídicos cotidianamente. El que no pueda hablarse con precisión sobre el origen o forma de adopción de los principios jurídicos tiene que ver con que aun en aquellos supuestos en que un principio es utilizado por primera vez para decidir un caso de una determinada manera, los jueces pueden considerar que el principio ya formaba parte del derecho, y que su utilización para decidirlo es parte de su obligación como tales: si deben aplicar el derecho para resolver controversias, entonces deben aplicar el principio atinente y que prevalezca en el caso dado. Sucede, en palabras del propio Dworkin, que

[el] origen [de los principios en tanto que jurídicos] no se basa en una decisión particular de ningún tribunal u órgano legislativo, sino en un sentido de conveniencia u oportunidad que, tanto en el foro como en la sociedad, se desarrolla con el tiempo [...] Verdad es que si nos urgieran a fundamentar nuestra afirmación de que cierto principio es un principio de derecho, mencionaríamos cualquier caso anterior en que tal principio hubiera sido citado o figurase en la discusión [...] Sin embargo, no podríamos idear ninguna fórmula que sirviera para probar cuánto apoyo institucional, y de qué clase, es necesario para convertir un principio en un principio jurídico, y menos todavía para fijar su peso en un orden de magnitud determinado.³³

Es que para Dworkin, el que lo determinante para la relevancia jurídica de cierto principio sea su contenido, implica que su utilización para decidir casos jurídicos es parte de una amplia tarea *argumentativa*. La identificación de un determinado principio, así como la justificación de su incumbencia en un caso dado, su peso relativo en él, y su injerencia en la adopción de la resolución definitiva, son cuestiones eminentemente argumentativas, que trascienden por mucho la mera constatación de hechos sociales. Los principios —sostiene— son *discutibles por naturaleza*³⁴, y no puede haber un criterio mecánico para identificarlos.

Requieren argumentación sustantiva, argumentación moral (porque su contenido lo es), y aunque para defender la incumbencia de un principio a un caso uno probablemente buscaría apoyo en anteriores resoluciones judiciales, en leyes que parecieran reflejarlo, etc., no hay manera de idear una fórmula que sirva para medir ese apoyo institucional buscado³⁵. La identificación e invocación de principios jurídicos

³³ DWORKIN, 1977/1989: 94-95.

³⁴ DWORKIN, 1977/1989: 89.

³⁵ Incluso, entonces, dicho apoyo pudiera en verdad ser nulo o casi nulo, y aun así estar uno dispuesto a defender la aplicabilidad del principio al caso de que se trate.

para los casos concretos resulta entonces una tarea a la vez importante y distintiva, y eminentemente relativa al *desacuerdo*.

4.2. Regla de reconocimiento y derecho consuetudinario

Los positivistas podrían intentar sostener que los principios son parte del derecho en la misma manera en que lo es la costumbre jurídica. Dworkin señala cómo Hart sí se dedicó expresamente —a diferencia de lo que sucede con los principios³⁶— a tratar la cuestión de la costumbre como fuente del derecho, y revisa dicho análisis.

La idea de Hart es expuesta en su crítica a la teoría austiniana del derecho como mandato. Austin, para decirlo de modo muy general, sostenía que el derecho es un conjunto de órdenes coercitivas, esto es, órdenes respaldadas por la amenaza de sanción. Quien dicta las órdenes crea el derecho, y es el soberano de la comunidad. El carácter de «soberano» se define por una cuestión de hecho: es soberano quien regular y extendidamente es obedecido por los demás miembros de la comunidad sin tener, por su parte, el hábito de obedecer a nadie más. De otro lado, los jueces de un tribunal serían autoridades delegadas por el soberano; en la medida en que no se exprese de manera contraria, lo que los jueces deciden es lo pretendido por el soberano para la ordenación de la comunidad. Desde el punto de vista de esta concepción, el derecho consuetudinario es explicado mediante la noción de orden tácita: si una determinada regla de costumbre es considerada derecho, es porque el soberano, al no declarar expresamente lo contrario, ha accedido de ese modo a otorgarle dicho carácter. No obstante, para esta concepción una regla consuetudinaria no tiene carácter jurídico sino hasta que es utilizada por los tribunales, de manera que dicha utilización tiene carácter constitutivo (y no meramente declarativo) de la juridicidad de la regla³⁷.

Para Hart, la teoría de Austin, como cuestión general, tiene muchos problemas al sustentarse en la idea de órdenes coercitivas, y aquí en particular en la idea de orden tácita.

³⁶ Esto es verdad como cuestión de énfasis, pero el filósofo inglés ciertamente menciona la noción de *principio jurídico* y su presencia en el derecho contemporáneo. Véase HART, 1961/1963: 251-252.

³⁷ HART, 1961/1963: 56-58.

Pero además de ello, específicamente en este punto peca por afirmar dogmáticamente que en casos de aplicación de reglas consuetudinarias el carácter jurídico está dado sólo a partir de su utilización por los jueces. Éste —dice Hart— no necesariamente ha de ser el caso. Tiene perfecto sentido decir que una regla consuetudinaria tratada por los jueces de un tribunal como derecho (es decir, como una regla jurídica), era parte del propio derecho incluso antes de ser aplicada así por el tribunal. Al utilizarla en un caso que deben resolver, los jueces no están consagrando el estatus jurídico de la regla de que se trate, sino que de hecho están cumpliendo con su deber de resolver controversias de acuerdo con el derecho preestablecido³⁸.

Dworkin ve esta idea de Hart incompatible con la noción de regla de reconocimiento. ¿Cuál podría ser el criterio contenido en la regla de reconocimiento con el que considerar que las normas consuetudinarias son parte del derecho? Si el criterio es que cuenta como regla de costumbre aquella práctica que la comunidad considere moralmente obligatoria, entonces no hay manera de distinguir a las reglas consuetudinarias morales de las reglas consuetudinarias jurídicas; si en cambio cuenta lo que la comunidad acostumbre considerar jurídicamente obligatorio, entonces la regla de reconocimiento sólo ofrece una tautología que no agrega nada a la identificación y conocimiento del derecho: la regla apenas diría que se considera costumbre jurídica de la comunidad a cualesquiera costumbres consideradas como jurídicas en la comunidad³⁹.

4.3. *Los principios como regla de reconocimiento*

Finalmente, un positivista —según Dworkin— podría intentar defenderse con la idea de que el conjunto de principios jurídicos constituye la regla de reconocimiento misma: la regla de reconocimiento no sería sino la suma de los principios jurídicos de la comunidad. Pero con ello directamente caería la noción de regla de reconocimiento. Así como no hay manera de enunciar por adelantado todas las posibles excepciones a

³⁸ HART, 1961/1963: 58-60.

³⁹ DWORKIN, 1977/1989: 97-98. Como dije más arriba, la regla de reconocimiento conformaría a partir suyo un sistema. La crítica de Dworkin apunta en el fondo a que la costumbre en tanto fuente del derecho parece operar de manera extrasistemática. Esta misma crítica a Hart es formulada en estos otros términos en ROSS, 1929/1999: cap. 12; y en GUIBOURG, 1986.

un principio, no hay manera siquiera de enunciar cuáles son todos los principios jurídicos vigentes en una comunidad. Según dice Dworkin

[l]os principios son discutibles, su peso es importante, son innumerables y varían y cambian con tal rapidez que el comienzo de nuestra lista estaría anticuado antes de que hubiésemos llegado a la mitad. Aun si lo consiguiéramos, no tendríamos la llave del derecho, porque no quedaría nada que nuestra llave pudiera abrir.⁴⁰

De este modo, para el autor estadounidense la primera tesis positivista debe ser rechazada: el test del *pedigree*, la regla de reconocimiento, es incapaz de dar cuenta de la presencia de los principios en la praxis jurídica y el rol vital que en ella (desacuerdos y argumentación mediante) desempeñan. Rechazada la primera tesis, caería también la tesis de la discreción judicial tal como es presentada por el positivismo hartiano.

5. La discreción judicial

Dworkin distingue tres sentidos distintos de discreción⁴¹. En un primer sentido (i), tener discreción para tomar una decisión es simplemente tener que actuar ejerciendo el juicio, el discernimiento, razonando, porque no es posible adoptar la decisión de manera mecánica o automática. En un segundo sentido (ii), puede decirse que tiene discreción quien constituye la última instancia de decisión, irrevisable e irrevocable. En el caso del derecho, siempre hay una última autoridad para decidir conflictos, por sobre la cual ya no es posible recurrir. Como expone el propio Hart discutiendo al realismo jurídico, que una autoridad sea la última para decidir no quiere decir que sea infalible, que no pueda equivocarse, porque en cuanto haya estándares normativos claros habrá un criterio de corrección al que incluso la última palabra deberá ajustarse, y sobre la base del cual calificarla como jurídicamente acertada o no. Frente a estos dos sentidos, que Dworkin llama «débiles», hay un sentido de discreción «fuerte» (iii), que es el que se da en casos en que la decisión no está sujeta por una

⁴⁰ DWORKIN, 1977/1989: 99.

⁴¹ DWORKIN, 1977/1989: 84-85.

norma, por un parámetro de corrección, y por ende varias posibilidades de decisión son igualmente admisibles⁴².

Hart piensa que es una forma de error formalista la creencia en que toda decisión judicial se fundamenta con una regla general previamente sancionada. El derecho tiene límites, y no contempla todo caso posible. Los límites serían, según esta presentación del positivismo que hace Dworkin, los de las normas validadas según su *pedigree*, y allí donde no hay tal norma, el juez tendría discreción en sentido fuerte⁴³. Pero el positivismo olvida, y no puede dar cuenta de, los principios jurídicos. Los principios son estándares que excluyen la discreción en sentido fuerte, porque también son normativos. Así las cosas, muchos casos (si no todos) en los que para el positivismo habría discreción fuerte, serían casos en que opera un principio jurídico. Por ello, caída la tesis del *pedigree*, cae también la tesis positivista de la discreción judicial.

Y del mismo modo cae su noción de obligación jurídica (tercera tesis): si los principios son parte del derecho, entonces una obligación jurídica puede emerger no sólo de una norma jurídica, sino también de uno o más principios. Según Dworkin, existiría una obligación jurídica

siempre que las razones que fundamentan tal obligación, en función de diferentes clases de principios jurídicos obligatorios, son más fuertes que las razones o argumentos contrarios.⁴⁴

6. Secuelas. Positivismos incluyente y excluyente

A raíz de las consideraciones hasta aquí referidas, es como Dworkin rechaza la adecuación del positivismo como teoría del derecho. La importancia de estas críticas es fácilmente apreciable en la cantidad y relevancia de los trabajos que se publicaron en respuesta a ellas. Como dijera al comienzo, la agenda de la filosofía del derecho de

⁴² Que haya discreción en este sentido no implica, ni para Hart o el positivismo en general, ni para la reconstrucción que de éste hace Dworkin mismo, arbitrio irrestricto. Véase DWORKIN, 1977/1989: 85-86; HART, 1961/1963: 159 y 176 ss.; RAZ, 1972/1983: 76-77.

⁴³ Por cierto, la discusión sobre el sentido fuerte de discreción presupone un contexto de toma de decisión en el marco de un determinado sistema de reglas y de acuerdo a un rol institucional como decisor dentro de tal sistema. IGLESIAS VILA, 1999. 32. Es justamente por ello que la discreción fuerte no implica completo arbitrio y no es incompatible con restricciones genéricas de racionalidad, etc. (véase nota anterior).

⁴⁴ DWORKIN, 1977/1989: 100. Una vez más puede verse cómo Dworkin pone en juego el carácter distintivamente argumentativo de la práctica del derecho.

las últimas tres décadas ha estado en buena medida centrada en el debate generado por Dworkin en su crítica contra el positivismo. Scott Shapiro ha señalado⁴⁵ que en MR1 se presenta el «primer acto» del debate Hart/Dworkin. Este primer acto ha tenido consecuencias muy importantes para la filosofía del derecho contemporánea. Algo representativo en este sentido ha sido la distinción entre dos tipos de positivismo jurídico: una versión incluyente y otra excluyente.

En términos muy amplios, puede decirse que el debate interno al positivismo ha asumido que esta corriente iusfilosófica es distinguible a través de dos grandes tesis: la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral y la tesis de las fuentes sociales. Estos por supuesto son términos que se manejan al menos desde Hart, pero el punto es una diferencia en la forma de entender, en particular, la tesis de las fuentes sociales⁴⁶. Para los positivistas excluyentes el derecho nunca puede hacer de los estándares morales un criterio de validez jurídica. Esto quiere decir que la regla de reconocimiento de un sistema jurídico no puede reenviar al razonamiento moral para distinguir cuáles son las normas válidas del sistema e identificar el derecho. Dicho de otro modo, el razonamiento jurídico nunca puede fundirse con (o implicar el) razonamiento moral. En este sentido, suele decirse que el positivismo jurídico excluyente sostiene una versión *fuerte* de la tesis de las fuentes sociales⁴⁷.

El positivismo jurídico incluyente⁴⁸, por el contrario, sostiene que en la medida en que *en última instancia* los criterios de validez de las normas jurídicas dependan de hechos sociales, no hay mayor problema para el positivismo en reconocer que el derecho puede hacer tal reenvío a la moral: en una comunidad jurídica determinada puede darse efectivamente la práctica de acudir al razonamiento moral para la validación e identificación del derecho, y el análisis conceptual positivista no se

⁴⁵ SHAPIRO, 2007: 24 y 35.

⁴⁶ HIMMA, 2002: 146.

⁴⁷ Raz llama «tesis de las fuentes» –a secas– a su versión excluyente, pero luego de distinguir una «tesis social débil» de una «fuerte», y suscribir esta última. En sus palabras: *La diferencia entre la tesis social débil y la fuerte es que ésta insiste, mientras que la primera no, en que la existencia y contenido de toda disposición jurídica es totalmente determinada por fuentes sociales (...) La tesis débil, aunque verdadera, es insuficiente para caracterizar el positivismo jurídico (...) Denominaré a la tesis social fuerte: «la tesis de las fuentes» (...) Una disposición jurídica tiene una fuente si su contenido y existencia puede ser determinado sin usar argumentos morales.* RAZ, 1979/1985: 66-67. Para otros trabajos en donde se defiende la versión excluyente del positivismo jurídico véase SHAPIRO, 2011/2014, y MARMOR, 2002.

⁴⁸ Sólo por mencionar algunas de las defensas más importantes de esta corriente, véase COLEMAN, 2001; KRAMER, 2004 y WALUCHOW, 1994.

desmerece por ello, porque puede hacer ver que en definitiva tal recurso a la moral es un producto de una convención más profunda de realizar la práctica de identificación de esa forma⁴⁹. Es decir, la moral puede contingentemente operar como criterio de validez jurídica si efectivamente se da el hecho social de que se recurra a ella de ese modo.

De acuerdo a estas breves caracterizaciones, uno podría decir que mientras los positivistas excluyentes han intentado rechazar los argumentos de Dworkin por completo, los incluyentes⁵⁰ han procurado cierta armonización entre los trabajos de Hart y Dworkin, intentando hacer lugar dentro del positivismo a muchos puntos señalados por el autor estadounidense⁵¹.

No obstante, no es éste lugar para profundizar en esta discusión. En cambio, pasaremos a las críticas dirigidas por Dworkin al positivismo jurídico tras su primer ataque en MR1.

⁴⁹ Como resultará claro, la distinción entre moralidad crítica y social es muy relevante en el contexto de esta discusión, porque la plausibilidad del positivismo jurídico incluyente depende de que no haya obstáculos conceptuales para que los criterios de validez del sistema incluyan a la moralidad crítica. Si sus argumentos sólo alcanzaran a explicar la «incorporación» de la moralidad social, el positivismo excluyente sería el evidente vencedor en la discusión interna, pues la moralidad social depende en última instancia de hechos sociales, por definición, mientras que la moralidad crítica parece ser independiente de acuerdos o convenciones sociales. Véase BAYÓN, 2002: 57 ss.

⁵⁰ Entre los que se cuenta el propio Hart. Véase HART, 1961/1963: 251-252, donde dice: *El derecho de todo Estado moderno muestra en mil puntos la influencia tanto de la moral social aceptada como de ideales morales más amplios. Estas influencias penetran en el derecho ya abruptamente y en forma ostensible por vía legislativa, ya en forma silenciosa y de a poco a través del proceso judicial. En algunos sistemas, como en los Estados Unidos, los criterios últimos de validez jurídica incorporan explícitamente principios de justicia o valores morales sustantivos*. En su conocido *Postscript* a la segunda edición de *El concepto de derecho*, suscribió expresamente la versión incluyente, a la que denominó positivismo «suave» o «blando» [soft].

⁵¹ Salvando el caso del propio Hart, quizás la primer respuesta a Dworkin hoy entendible como «incluyente» está en CARRIÓ, 1965/2006 (se trata del artículo «Principios jurídicos y positivismo jurídico», que data de 1970 y fuera incluido en ediciones posteriores del libro referenciado). Luego, se sucedieron trabajos que de a poco fueron desarrollando esta escuela como SOPER, 1977; LYONS, 1977; COLEMAN, 1982; y WALUCHOW, 1989.

III

NUEVO VISTAZO AL MODELO DE REGLAS: NORMAS SOCIALES Y DESACUERDOS

1. Hart y las normas sociales

En *The Model of Rules II* (en adelante, MR2)⁵² Dworkin presenta en términos ligeramente distintos a las tesis que, en su opinión, definirían al positivismo hartiano. En particular, sostiene que lo que vimos de MR1 como tercera tesis —la que se refiere a cuándo tenemos una obligación jurídica— es para Hart una cuestión de normas sociales.

Una norma social en una comunidad es un producto del comportamiento de sus miembros. Dadas tres condiciones básicas, a saber, a) la regularidad y convergencia del comportamiento, b) la referencia a «la regla» de que así hay que comportarse para justificar las acciones concretas que van de acuerdo con la práctica convergente, y c) una misma referencia a la regla para criticar acciones de otros que no se ajustan a dicha práctica (es decir, «no justificadas» por ella), estaríamos en condiciones de afirmar que en la comunidad hay una determinada norma social respecto de cierta práctica. Por ejemplo, uno podría afirmar que en tal país o región existe la norma que prescribe quitarse el sombrero al entrar a una iglesia si uno comprueba que el hacerlo es algo socialmente extendido, que cuando alguien debe justificar por qué lo hace se refiere a «la norma» que lo prescribe, y que si una persona critica a otra por no quitarse el sombrero al entrar en la iglesia, lo hace aludiendo a que ha habido un apartamiento de dicha norma.

En esto figura un elemento central del trabajo teórico de Hart: la distinción entre puntos de vista (y enunciados) internos y externos⁵³. Desde una perspectiva ajena, no comprometida con un sistema jurídico, y ocupada sólo en informar y describir su funcionamiento (la perspectiva de un observador), se afirma la existencia de una norma al comprobar que se reúnen las condiciones mencionadas. Por su parte, un miembro de la comunidad, participante en la práctica, no sólo afirma que él y los

⁵² Publicado originalmente en 1972.

⁵³ HART, 1961/1963: 127-129, 176-180, *passim*. A la par, se encuentra también la distinción entre los aspectos externo e interno de una regla. Las condiciones a) a c) dadas por Dworkin representan estos aspectos: a) es el externo y b) y c) el interno. Las distinciones hartianas entre puntos de vista y enunciados internos y externos serán un tema preponderante en los capítulos III y IV de este trabajo.

demás miembros creen tener el deber de quitarse el sombrero, o que creen que hay una norma a tal efecto, sino que de hecho tienen dicho deber, basado en la norma⁵⁴. Esta es la perspectiva interna, el punto de vista interno. Este punto de vista no implica sólo la afirmación de la existencia de una norma social, sino también su *aceptación*, es decir ya no se trata de constatar (en otros) la actitud crítico-reflexiva indicada por las condiciones b) y c), sino de ejercerla personalmente. Para Hart, dicha aceptación puede darse por razones diversas, desde el compromiso genuinamente moral hasta la mera inercia, pasando por razones de conveniencia, consideraciones sobre tradición, etc.

En el caso de los jueces y las decisiones judiciales, la teoría de la norma social supone que éstos, al afirmar que tienen el deber de resolver un caso de acuerdo a cierta regla (legislativa, judicial, etc.), aceptan la norma ulterior de que deben resolver las controversias que llegan ante ellos de acuerdo con la legislación vigente (o los precedentes que rigen el caso, la constitución, etc.).

A su turno, la regla de reconocimiento es un reflejo de esta concepción: los fundamentos del derecho son en última instancia rastreables en una práctica de los jueces de la comunidad, consistente en un comportamiento convergente de la mayoría de ellos de acuerdo a una cierta actitud crítico-reflexiva (aceptación de una determinada serie de criterios de validez para las normas del sistema).

2. Dos críticas

2.1. Alcance

Una primera objeción de Dworkin a la concepción hartiana de las normas sociales está relacionada con su alcance. Para Hart originalmente su noción servía para explicar y fundar cualquier deber u obligación⁵⁵, incluso las que componen la moral, tanto social como individual. Dworkin afirma que hay muchos casos en que esto es imposible por la sencilla razón de que no hay una norma social que exista para el caso en cuestión, como sucede cada vez que alguien afirma una falta generalizada. De acuerdo al modo en que ilustra el punto:

⁵⁴ DWORKIN, 1977/1989: 114.

⁵⁵ HART, 1961/1963: 106 ss. Véase también HART, 1994/2000: 32-33, donde concede que las críticas de Dworkin muestran que su concepción de la norma social como generadora de obligaciones tiene un alcance más restringido que el que originalmente le dio.

Un vegetariano podría decir, por ejemplo, que no tenemos derecho a matar animales para comerlos en virtud de la norma fundamental de que siempre está mal quitar la vida, en cualquier forma y en cualquier circunstancia. Es obvio que no existe norma social en ese sentido: el vegetariano reconocerá que hoy son poquísimos los hombres que reconocen una norma así o un deber tal, y de eso precisamente se queja.⁵⁶

Así, muchas veces apelamos a normas que evidentemente no son «sociales» en el sentido caracterizado por Hart. En todo caso, la cuestión pasará por ver si la teoría de la norma social sirve para explicar los deberes específicamente jurídicos.

2.2. Umbral

La objeción más importante de Dworkin respecto de la concepción hartiana de las normas sociales aparece luego, entonces, ya en su plausibilidad mínima. O por ponerlo de todas maneras en términos de alcance: no es que las ideas sobre las normas sociales no puedan dar cuenta de muchos casos de afirmación de deberes y obligaciones; es que no pueden dar cuenta de ningún caso tal. Para el autor estadounidense, dicha concepción no sólo es inútil respecto de la gran cantidad de casos en que afirmamos deberes y sujeciones normativas por fuera de lo socialmente practicado, sino aun en aquellos casos en que afirmamos la existencia de un deber que de hecho aparece tratado o tomado como tal de acuerdo a las prácticas de la comunidad. Aquí viene a cuento su distinción entre consensos por convención y por convicción⁵⁷.

2.2.1. Consensos por convención y por convicción

Una práctica social está mínimamente constituida por el comportamiento convergente de sus participantes. Sin embargo, dicha convergencia puede estar dada por diferentes razones. Dworkin distingue aquellos casos en que la propia convergencia es una de las razones por las que ajustarse a la práctica (uno cree que debe ajustarse a ella porque los demás miembros de un grupo o comunidad también lo hacen), de otros en que la convergencia es un resultado fortuito, puesto que en sí misma no reporta razones a los participantes para ajustarse a la práctica: por motivos

⁵⁶ DWORKIN, 1977/1989: 109-110.

⁵⁷ DWORKIN, 1977/1989: 111; DWORKIN, 1986: 136 y 145; ORUNESU, 2007: 36-37.

personales, que no tienen que ver con el seguimiento de la práctica por los demás, uno actúa como sucede que en general los otros también actúan. Los primeros son casos de consensos *por convención*; los segundos, de consensos *por convicción*.

Para Dworkin, Hart desconoce esta distinción al ofrecer su noción de aceptación como específica actitud crítico-reflexiva respecto de las normas⁵⁸. *Prima facie*, podría pensarse que la concepción de la norma social podría funcionar si se la reduce sólo a los casos de consensos por convención. Sin embargo, sostiene Dworkin, incluso allí la concepción falla, y la razón es para nosotros ahora de gran relevancia, porque representa una importante enunciación expresa del problema que nos ocupa centralmente, esto es, el de los desacuerdos en el derecho.

2.2.2. Los desacuerdos en el derecho. Una aproximación

¿Puede la concepción hartiana de las normas sociales servir como base para explicar a su turno la forma en que el derecho genera deberes y obligaciones? La respuesta de Dworkin es negativa y su argumento al efecto es relativo a que desde la perspectiva de las normas sociales no puede darse cuenta del constante *desacuerdo* sobre el alcance de los deberes supuestamente generados por ellas. Esta concepción, en sus palabras:

no puede explicar el hecho de que, aun cuando la gente considere una práctica social como parte necesaria de las razones para afirmar algún deber, todavía pueden estar en desacuerdo respecto del alcance de tal deber⁵⁹

Si se desacuerda sobre el alcance de los deberes, en la óptica de Dworkin, es porque se desacuerda sobre el alcance de la norma misma que le da origen. Así, en el ejemplo del sombrero en la iglesia, puede haber discrepancias sobre si el deber involucra también al gorrito que podría tener puesto un bebé. ¿La norma involucra a todo tipo de sombrero, respecto de cualquier persona, o hay excepciones? Si las hay, ¿cuáles son? ¿Está incluido en el alcance de la norma, en el deber que ella genera, el gorrito de un bebé?

⁵⁸ Hart concede esto en HART, 1994/2000: 33.

⁵⁹ DWORKIN, 1977/1989: 112.

El basamento en normas sociales supone que la pregunta por cuáles son las normas jurídicas que rigen en una determinada comunidad puede ser respondida mediante la mera observación de la práctica, es decir, bastaría la constatación empírica. La teoría de la norma social estaría comprometida —tal como Dworkin la ve— con la necesidad de acuerdo. Las normas sociales tienen un contenido determinado por el acuerdo manifestado en la práctica concurrente. Allí donde éste se termina, y la práctica deja de ser concurrente para darle paso a la discrepancia, se termina la norma misma, que deja de ofrecer un criterio de justificación de la conducta acorde y de crítica de las conductas desviadas. Si la práctica muestra un importante grado de discrepancia y desacuerdo, será difícil, si no imposible, afirmar que hay convergencia y por ende una norma social. Incluso habiendo casos de prácticas convergentes, la apelación a una cierta norma (que estaría representada por dicha práctica), puede eventualmente mostrar diferencias fuertes: la norma puede ser enunciada y articulada de manera distinta, y al irse modificando las circunstancias en las que se aprecia concurrencia, habrá quienes sigan sosteniendo la aplicabilidad y quienes no.

Dworkin asume que si una persona sostiene que la norma N se aplica a los casos C1, C2 y C3, y otra que la norma N se aplica a C1 y a C2, pero no a C3, entonces 1) o están hablando en realidad de normas distintas, o 2) uno está equivocado sobre el alcance de N, y por ende se equivoca en su juicio de aplicación. Si este último es el caso (es decir, si se admite que la discrepancia versa sobre la *misma* norma), entonces la norma no estaría constituida por el acuerdo entre esas dos personas. Obviamente, la idea detrás de la necesidad de acuerdo social involucra un juicio generalizador, que abarque a toda la comunidad de referencia, y no sólo a dos personas, pero si la aplicabilidad de la norma es lo suficientemente discutida en la comunidad, entonces no se estará discutiendo sobre una norma «social». Según el criterio de Dworkin, por más que respecto de una determinada regla se esté generalizadamente de acuerdo en, pongamos, mil casos distintos, si en el caso mil uno se desacuerda de forma extendida y profunda, entonces no podrá decirse que la regla en cuestión sea de carácter social.

3. Regla de reconocimiento y norma social

La concepción de la norma social informa la idea hartiana de la regla de reconocimiento. Como se vio, para Hart dicha regla está constituida por la práctica convergente de la generalidad de los jueces de una comunidad. Los jueces aceptan la regla de reconocimiento (asunción del punto de vista interno) y en función de ella identifican a las normas válidas del sistema de su comunidad. Entre las razones para la aceptación por parte de un juez, ha de figurar el que los demás actúen en general de conformidad con ella⁶⁰. Pero el problema es que si tiene sentido decir que un juez está jurídicamente obligado a decidir un caso de un cierto modo sin que haya una regla social que así se lo imponga, entonces la concepción de la norma social no puede tener el poder explicativo de los fundamentos del derecho que Hart pretende que tiene.

De acuerdo con Dworkin, por lo que se ha venido repasando, la teoría de la norma social falla: tiene perfecto sentido decir que en muchos casos los jueces tienen el deber de decidir de una determinada manera aun cuando no hay una práctica concurrente establecida en ese mismo sentido. Y allí donde hay una práctica tal, sostiene Dworkin, no es que ésta *constituya* una cierta regla, sino que ayuda a *justificarla*, es decir, agrega una razón por la que considerar que tiene valor normativo⁶¹. Esta relación de justificación, al contrario que la otra, de constitución, admite que haya eventualmente diferencias entre el contenido que se afirma que una regla tiene y el contenido que comprende la práctica en base a la cual se afirma esa regla.

⁶⁰ HART, 1994/2000: 33. Esta aclaración es un agregado controversial dentro de la teoría de Hart (tal como es expuesta en *El concepto de derecho*), producto de su posterior concesión a Dworkin de su originaria falta de distinción entre consensos por convención y por convicción.

⁶¹ En este sentido parece hacerse colapsar las nociones de regla y de obligación. Nicos Stavropoulos, uno de los más conocidos discípulos de Dworkin, evita este colapso y pasa a sostener entonces, en STAVROPOULOS, 2016, que la práctica social sólo ayuda a *explicar* la existencia de obligaciones, pero no a justificarlas. En todo caso, la reconstrucción del trabajo de Hart de la que parte su análisis me parece en extremo cuestionable, pero no es este el espacio en el que sumergirme en ello.

IV

LOS DESACUERDOS Y EL IMPERIO DEL DERECHO

1. *Proposiciones jurídicas y fundamentos del derecho*

El argumento de los desacuerdos es central para el ataque más elaborado que Dworkin dirige al positivismo jurídico. En efecto, con una nueva presentación de dicho argumento comienza *Law's Empire*, que es quizás su trabajo más importante en teoría del derecho, por dos razones. En primer lugar, porque es donde hace su crítica más completa y detallada del positivismo jurídico; en segundo lugar, porque es donde presenta más articulada y detalladamente su propia concepción del derecho, como una teoría alternativa.

Para Dworkin el de la discrepancia en la práctica jurídica no es ni más ni menos que un dato, notorio, de la realidad de dicha praxis. Los abogados presentan distintos argumentos con los que respaldan los intereses y reclamos de sus representados; los jueces discuten entre sí sobre la solución más adecuada de los casos, de modo que es frecuente encontrarse con fallos diversos en las distintas escalas jerárquicas judiciales, reversión de decisiones de instancias inferiores, votos en disidencia entre jueces de un mismo tribunal, etc. Lo mismo sucede con el estudio del derecho, donde autores a ello dedicados discrepan, entre otras cosas, sobre las virtudes o defectos de diversas sentencias, sobre el contenido concreto de la legislación.

Al principio de *Law's Empire*, Dworkin sostiene que en los litigios judiciales pueden encontrarse habitualmente tres tipos de cuestiones.

- 1) Cuestiones de hecho
- 2) Cuestiones de derecho
- 3) Cuestiones de moralidad política⁶²

Las cuestiones 1) son aquellas referidas a los sucesos históricos sobre los que versa la controversia (si X mató a Y, si W entregó a Z la cosa por la que éste le había pagado, etc.). Este tipo de cuestiones se resuelven básicamente a través de elementos de prueba.

⁶² Dworkin asocia a estas cuestiones las que llama «de fidelidad al derecho», pero no creo que ahora sea necesario poner de relieve sus semejanzas y diferencias respecto de las cuestiones políticas y morales que se suscitan en las controversias judiciales.

Las cuestiones 3) son discusiones morales puras: si hacer X está bien o mal, si Y es justo o injusto.

Las cuestiones 2), según Dworkin, versan sobre el derecho que rige un caso. Y pone énfasis en la constancia y profundidad de los desacuerdos a este respecto. Su pregunta es la pregunta por qué dispone el derecho para una situación dada. Aquí es cuando introduce dos nociones muy relevantes en el contexto de su trabajo: «proposiciones de derecho»⁶³ [*propositions of law*] y «fundamentos del derecho» [*grounds of law*]. Las proposiciones de derecho son juicios descriptivos sobre el contenido del derecho. En palabras de Dworkin, se trata de

los distintos tipos de declaraciones y afirmaciones que la gente hace sobre qué es lo que el derecho les permite, o prohíbe, o faculta a tener⁶⁴

En tanto, los fundamentos del derecho son lo referido [*furnished*] por

otro tipo, más familiar, de proposiciones, de las cuales las proposiciones de derecho son (podríamos decir) parasitarias⁶⁵

De acuerdo con el filósofo estadounidense, las proposiciones de derecho son verdaderas o falsas, en el lenguaje ordinario, en función de la verdad de los enunciados sobre los fundamentos del derecho, es decir, uno sabe que *p* es jurídicamente verdadero si *p* se condice con *q* (donde *p* es una proposición jurídica y *q* un fundamento de derecho). Dworkin busca aclarar esta relación con un ejemplo: para la mayoría de la gente la proposición de que no puede conducirse a más de 55 millas por hora en California es verdadera, y lo es porque de hecho la mayoría de la legislatura californiana aprobó un documento que así lo prescribe.

Podría decirse que la terminología que usa Dworkin es particularmente poco precisa en este punto, porque en su ejemplo la verdad de la proposición «en California no puede conducirse a más de 55 millas por hora» es verdadera no por otra

⁶³ Para evitar repeticiones inconvenientes, en lo que sigue usaré indistintamente las expresiones «proposición de derecho» y «proposición jurídica».

⁶⁴ DWORKIN, 1986: 4. La traducción que emplearé en esta y las sucesivas transcripciones en el cuerpo del texto provenientes de *Law's Empire*, es propia. El original en inglés dice: *all the various statements and claims people make about what the law allows or prohibits or entitles them to have*.

⁶⁵ DWORKIN, 1986: 4. El original en inglés dice: *other, more familiar kind of propositions on which propositions of law are (as we might put it) parasitic*.

proposición (*relativa a* los fundamentos del derecho) sino por un hecho (*constitutivo* de un fundamento de derecho). Entonces, en este contexto hay que enmendar su afirmación de que es en virtud de las proposiciones sobre los fundamentos del derecho que las proposiciones de derecho son verdaderas o falsas. Estas últimas son verdaderas o falsas, en propiedad, en función de los fundamentos de derecho mismos (de que sea verdadero que se ha producido el hecho que los constituye), y no de (la verdad de) enunciados respecto de éstos⁶⁶.

Sin embargo, como se ha visto más arriba, para Dworkin los principios jurídicos son parte del derecho en virtud de su contenido (de justicia, equidad, etc.). Esto es, principios morales pueden «integrar» el derecho⁶⁷, y con ello establecer obligaciones jurídicas, ser la base para resolución judicial de controversias, etc. En este sentido, aunque en este ejemplo se trate de un hecho empírico, constitutivo de un fundamento de derecho, parece ser el caso que la verdad de una proposición jurídica podría también depender de un hecho normativo (moral), y con ello, no-empírico.

Al respecto, Dworkin ha desarrollado una concepción propia sobre la moralidad y la objetividad de los juicios morales⁶⁸, en la que busca evitar el compromiso con la existencia de hechos morales mediante una concepción discursiva de la moral que dejaría espacio para la objetividad a través de la argumentación, y sobre la base del rechazo de cualquier relevancia moral de la distinción entre distintos niveles del discurso a su respecto⁶⁹. De hecho, bien podría decirse que su intento pasa no tanto por evitar el compromiso con hechos morales, cuanto por darle sentido a la noción,

⁶⁶ Por lo demás, es de todas formas obvio que la verdad de una proposición sobre un fundamento de derecho (PF) depende del hecho que constituye al fundamento en cuestión, de modo que la verdad de PF indicará trivialmente la verdad de cualquier proposición jurídica (PJ) basada en (y condicente con) ella. Recordemos que para Dworkin los fundamentos de derecho son *furnished* (esto es, suministrados, o referidos) por esas otras proposiciones más básicas, pero el término parece dar lugar a la ambigüedad entre que esas proposiciones *constituyan* a los fundamentos o solamente los *refieran*. La idea de Strawson de tomar las grandes tradiciones en materia de concepción de la verdad (*verdad por correspondencia* y *verdad por coherencia*) como diferenciadas sólo por cuestiones de énfasis, pero en el fondo igualmente necesarias para la comprensión de la noción, permitiría, creo, una mayor sentido y explicación a los términos en que se expresa Dworkin en este punto. Pero en el presente contexto parece innecesario adentrarse más en la cuestión. Véase STRAWSON, 1992: 83 ss. (esp. 85, 91-94).

⁶⁷ Aunque un tema repetido a lo largo de toda la obra de Dworkin es que de por sí no tiene sentido pensar el derecho como un sistema o conjunto cerrado y estable de parámetros normativos. DWORKIN, 1977/1989: 140; DWORKIN, 2006: 4.

⁶⁸ Especialmente en DWORKIN, 1996, luego presentado de una nueva forma en DWORKIN, 2011.

⁶⁹ Algo más se verá *infra*, sección VIII.

alejándola de los esbozos críticos presentados por el empirismo más duro para su caricaturización⁷⁰.

2. Tipos de desacuerdo: empíricos y teóricos

A partir de esta primera distinción que ofrece, Dworkin traza una ulterior, sobre los desacuerdos jurídicos. En sus palabras:

[P]odemos distinguir dos maneras en las que abogados y jueces pueden discrepar acerca de la verdad de una proposición jurídica. Puede que estén de acuerdo sobre los fundamentos de derecho —sobre cuándo la verdad o falsedad de otras proposiciones, más familiares, hacen que una proposición jurídica sea verdadera o falsa— pero desacordar sobre si esos fundamentos fueron efectivamente satisfechos en un caso particular (...) [o] pueden desacordar sobre los fundamentos del derecho, sobre qué otro tipo de proposiciones, cuando son verdaderas, vuelven también verdadera a una proposición jurídica particular⁷¹

Tenemos aquí dos tipos de desacuerdo. Al primero, relativo a si se han satisfecho en un caso los fundamentos de derecho, Dworkin lo denomina «desacuerdo empírico». Al segundo, directamente referido a cuáles son dichos fundamentos, lo llama «desacuerdo teórico»⁷². Dworkin no establece una relación entre estos dos tipos de desacuerdo que identifica y las tres «cuestiones que se discuten» señaladas en el punto anterior. En principio, podría parecer que estos dos tipos de desacuerdos son los tipos de cuestiones debatidas *internas* al derecho, en tanto que el restante, relativo a asuntos de moralidad política, es *externo* al derecho. Esto es sólo provisorio: veremos que en Dworkin las cuestiones de moralidad política son en efecto el componente central de los desacuerdos teóricos.

⁷⁰ En efecto, en trabajos de su «primer período», Dworkin habla llanamente de «hechos morales» y los pone en la discusión sobre lo que hace verdaderas a las proposiciones jurídicas cuando la moral opera como fuente de derecho. DWORKIN, 1977/1989: 475.

⁷¹ DWORKIN, 1986: 4-5. El original dice: [W]e can distinguish two ways in which lawyers and judges might disagree about the truth of a proposition of law. They might agree about the grounds of law - about when the truth or falsity of other, more familiar propositions makes a particular proposition of law true or false- but disagree about whether those grounds are in fact satisfied in a particular case (...) [o]r they might disagree about the grounds of law, about which other kinds of propositions, when true, make a particular proposition of law true.

⁷² DWORKIN, 1986: 5.

3. El positivismo de la Plain Fact View

Luego de presentado este aparataje conceptual, Dworkin realiza una nueva esquematización del positivismo jurídico, para evaluar la forma en que esta teoría daría cuenta del fenómeno de los desacuerdos en el derecho en particular⁷³. Para ello utiliza el rótulo de *Plain Fact View* («perspectiva de los hechos brutos», en adelante: PFV)⁷⁴.

De acuerdo con la PFV, los desacuerdos en el derecho son todas cuestiones de los tipos 1) y 3) enumerados más arriba. Es decir, son desacuerdos, o bien empíricos, sobre cuestiones de hecho y prueba, o bien sobre moralidad, esto es, sobre la justicia o corrección sustantiva del derecho. El tipo de desacuerdo sobre cuál es el derecho establecido, sobre los fundamentos del derecho, señalado en 2), simplemente no puede existir para la PFV, porque para esta perspectiva el derecho no es ni más ni menos que aquello sobre lo que abogados y jueces están plenamente de acuerdo. En el mejor de los casos, según Dworkin, la PFV permite entender que un desacuerdo determinado puede mostrar que no hay derecho en vigor sobre el asunto en disputa, por causa de la fuerte vaguedad y/o ambigüedad del lenguaje en que el material normativo se expresa, y entonces habrá que entender el desacuerdo no ya sobre la justicia o corrección de lo establecido, sino sobre cuál es la mejor manera de crear derecho nuevo para llenar las lagunas que pueda tener. Como se ve, de todos modos en ambos casos se trata no de cómo es el derecho, sino sobre cómo debería ser.

En la presentación que da Dworkin, se refiere también que algunas versiones radicales de la PFV asumen que no hay verdaderamente derecho establecido porque todo el lenguaje es vago y/o ambiguo, de modo que el derecho no es más que la retórica usada por los jueces para resolver cuestiones como mejor les parece. Es evidente, y Dworkin así lo expresa, que la PFV responde genéricamente a la caracterización del positivismo jurídico, siendo la variante más radical mencionada una forma de representar una versión del realismo jurídico.

⁷³ DWORKIN, 1986: 6-11.

⁷⁴ En verdad, uno bien puede preguntarse si así es como llama al positivismo jurídico en general o, más concretamente, a la postura de éste sobre los desacuerdos, puesto que tal cosa nunca es expresamente aclarada. Por supuesto, esta mera cuestión de nombres no tiene por qué detenernos ahora.

De acuerdo con Dworkin, la explicación que da la PFV de los desacuerdos teóricos, entonces, no es explicación alguna, sino una manera de eludir el problema⁷⁵. Encuentra básicamente dos grandes razones por las cuales rechazarla⁷⁶. En primer lugar, porque si la PFV está en lo cierto al afirmar que los desacuerdos en el derecho no representan sino discusiones sobre lo que el derecho debería ser, por no haberlo para cierta cuestión, es difícil entender por qué la gente ajena al mundo jurídico sigue teniendo en general la impresión de que el derecho tiene previsiones sobre los más variados asuntos, que los jueces deben respetar a la hora de resolver controversias entre partes. Sería completamente extraño entender a la praxis jurídica como un engaño sistemático de parte de jueces y abogados al resto de la comunidad, que por su parte parecería nunca enterarse de lo más básico del funcionamiento de la maquinaria jurídica. La segunda razón, dirigida contra la explicación en términos de modificación velada del derecho para hacerlo más justo o moralmente correcto, es que no permite entender los casos en que los jueces desacuerdan entre sí sosteniendo asimismo que lo que creen la visión adecuada de cómo *en verdad* es el derecho establecido no es lo que personalmente querrían que fuese. Es dable encontrar, por ejemplo, que un juez diga en su voto que el derecho exige resolver un caso de la forma X, aunque personalmente desearía resolver Y, y que con ello esté en desacuerdo con otro que sostiene que el derecho establece Z (o Y mismo, o cualquier otra cosa distinta de X). La PFV, según Dworkin, no podría dar una buena explicación de semejante hecho.

Creo que una buena manera de entender a la PFV es como un tipo específico de *approach* metodológico, un determinado enfoque sobre cómo estudiar al derecho. Y ello como una forma de distinguirla de una lectura «teórica». Con ello estoy obviamente pensando en traducir este elemento de la crítica dworkineana a los términos de la famosa distinción de Norberto Bobbio entre diferentes versiones del positivismo jurídico⁷⁷. Entendido como *enfoque metodológico*, el positivismo jurídico afirma que el derecho es susceptible de ser conocido a través de hechos empíricos, que la observación de la realidad es la forma más adecuada de estudiar y comprender

⁷⁵ DWORKIN, 1986: 7.

⁷⁶ DWORKIN, 1986: 37-38.

⁷⁷ BOBBIO, 1965/1997: 41 ss.

el funcionamiento de lo jurídico. En este sentido, se trata de un tipo de postura epistemológica⁷⁸. Tal como Bobbio traza la distinción, el positivismo jurídico entendido, no ya metodológicamente, sino como *teoría*, representa en cambio un caso concreto de descripción y explicación general del derecho a través de la observación de hechos sociales (contingentes).

Esta distinción parece poco tenida en cuenta en la literatura iusfilosófica angloamericana⁷⁹, y ello se evidencia probablemente en la poca claridad con que Dworkin mismo expone su caracterización de la PFV⁸⁰. No obstante, en *Law's Empire* dice que para la PFV

[e]l derecho es sólo una cuestión de lo que las instituciones jurídicas, como las legislaturas y ayuntamientos y cortes, han decidido en el pasado (...) El derecho existe como un hecho bruto, en otras palabras, y lo que el derecho es no depende en modo alguno de lo que debiera ser.⁸¹

A partir de allí, que para la PFV los hechos que conforman el derecho sean justamente los acuerdos sobre sus fundamentos, y que por ende todo desacuerdo sea, o bien meramente empírico (sobre si se han dado efectivamente los hechos), o bien sobre cómo éste debería ser.

V

EL AGUIJÓN SEMÁNTICO

1. El aguijón y la semántica criteriológica

Un agregado muy importante para el conjunto de críticas de Dworkin al positivismo jurídico es que esta teoría, representada (al menos) en punto al problema de los desacuerdos por la PFV, es para Dworkin una teoría semántica⁸². El argumento que en torno a ello formula es denominado «el aguijón semántico».

⁷⁸ FERRER BELTRÁN & RATTI, 2013: 175.

⁷⁹ FERRER BELTRÁN & RATTI, 2013: 174-175.

⁸⁰ Complementaré y cualificaré esta analogía *infra*, sección VII.1.

⁸¹ DWORKIN, 1986: 7. El original dice: *[t]he law is only a matter of what legal institutions, like legislatures and city councils and courts, have decided in the past (...) Law exists as a plain fact, in other words, and what the law is in no way depends on what it should be.*

⁸² DWORKIN, 1986: 31 ss. Dworkin ha sido al menos ambivalente en su consideración del positivismo jurídico como teoría semántica. En la primera etapa de su obra rechazó expresamente que lo fuera

¿Qué quiere decir Dworkin con que el positivismo jurídico sea una teoría semántica? Para el autor estadounidense, la empresa del positivismo es de revisión de la práctica lingüística en torno al derecho; en particular, sobre el uso del término «derecho». El positivismo estaría comprometido con una noción de los vocablos según la cual su uso depende de la existencia de ciertas reglas compartidas, que a su turno especifican los criterios que determinan el significado de las palabras en cuestión. Dicho de otra manera, el positivismo jurídico estaría comprometido con una semántica de tipo *criteriológico*.

El ejemplo que Dworkin da, asumiendo esta perspectiva que le atribuye al positivismo, es que nuestras reglas de uso de la palabra «derecho» hacen que la aplicación del término esté ligada al acaecimiento de ciertos hechos históricos. Estos hechos, son lo que para el positivismo constituirían los fundamentos del derecho, y determinarían que la aplicación correcta del calificativo de «derecho» o «jurídico» a una norma, o de verdadera a una proposición jurídica, esté en función de su efectivo acaecimiento. Hechos tales pueden ser, por caso, la sanción de una ley por el congreso, o el pronunciamiento de un tribunal. Así, por ejemplo, la norma N sería jurídica si se produjo el hecho de que la mayoría del parlamento la votara de acuerdo al procedimiento preestablecido, y la proposición jurídica según la cual el derecho dice *p* sería verdadera si de hecho hay una norma que así lo establece (que dependería a su vez del hecho de su sanción por el parlamento según el procedimiento adecuado)⁸³. Para que dos o más personas compartan un mismo *concepto* de DERECHO, entonces, deberán estar de acuerdo sobre cuáles son los *fundamentos* de derecho.

Partiendo de dicha noción, la tarea que el positivista se propone sería la de elucidar cuáles son esos criterios de aplicación compartidos para el caso de la palabra «derecho», ponerlos de manifiesto, dado que en la práctica y el uso cotidiano muchas veces dichos criterios se vuelven opacos a los propios hablantes. Por lo mismo, y como

(véase DWORKIN, 1977/1989: 478) y la consideró básicamente (aunque con otros términos) una teoría interpretativa, tal como se verá *infra*, sección VII. Pero ciertamente, en su obra posterior Dworkin ha sostenido en general que el positivismo ha sido una teoría semántica y que la caracterización de éste como interpretativo es sólo producto de una reconstrucción caritativa y alternativa (véase DWORKIN, 1986: 33, 37, 98 y *cfr.* 429; DWORKIN, 2006: 165-166 y *cfr.* 171).

⁸³ Dado que aquí estoy apenas explicitando un poco más la concepción que en este punto Dworkin le atribuye al positivismo, considero innecesario, en este momento, adentrarme más profundamente en las complejidades que presenta la problemática existencia de normas y proposiciones y las relaciones entre ambas. Al respecto, véase ALCHOURRÓN & BULYGIN, 1979/2011 y CARACCILO, 1997/2009.

dije antes, según Dworkin tales criterios son los que suministrarían el parámetro con el que decidir cuándo una proposición jurídica es verdadera. En este sentido, el derecho dependería —por causa del significado mismo de la palabra «derecho»— de la existencia de criterios de aplicación compartidos. Dicho de otro modo: el concepto de DERECHO es un concepto de tipo criteriológico: una determinada definición de «derecho» debe ser acordada expresa o tácitamente por dos o más personas para que éstas puedan hablar del derecho con sentido, y la tarea que la filosofía del derecho positivista se trazaría a su respecto es la de proponer definiciones más precisas del concepto según las finalidades que en diversos contextos se persigan⁸⁴.

2. Una ilación de críticas

Es importante advertir la correlación que hay entre 1) esta concepción semántica, 2) la PFV, 3) la crítica de MR2 a la concepción hartiana de la norma social y 4) la primera tesis que Dworkin adscribe al positivismo en MR1, la tesis del *pedigree*.

En efecto, si el positivismo jurídico asume una semántica de tipo criteriológico⁸⁵, entonces estaría obligado a considerar que el consenso es vital para el uso de los conceptos y términos de una forma muy particular, esto es, ni más ni menos, que *el acuerdo es definitorio* de los conceptos y términos mismos. Es así por lo que el desacuerdo teórico en el que piensa Dworkin aparece como imposible para el positivista: los desacuerdos en torno al derecho son empíricos o morales, pero si se desacuerda sobre qué es el derecho, sobre sus fundamentos, entonces la disputa es meramente verbal y aparente, no se está discutiendo sobre una misma cosa; el objeto mismo de la discusión es distinto para cada uno de sus participantes. O dicho de manera diferente, no hay tal cosa como un «derecho» sobre el que discutir.

Para el positivismo hartiano, la noción de REGLA DE RECONOCIMIENTO es vital, pues en ella ubica a los criterios de validez jurídica, que permiten la validación e identificación de las normas de derecho y a través de ella explica la extendida intuición de que el derecho es un sistema unitario y organizado según una cierta estructura y jerarquía. Como se indicó al referir la crítica dworkineana a la noción de NORMA SOCIAL,

⁸⁴ DWORKIN, 2006: 9.

⁸⁵ En el ensayo introductorio de DWORKIN, 2006 (9 ss.), Dworkin distingue entre varios niveles de análisis del concepto de derecho, y coloca precisamente al nivel semántico como el primero, más básico. Se verá más al respecto *infra*, sección VI.7.

dicha noción informa a la de la REGLA DE RECONOCIMIENTO, y ambas caerían de la mano, para Dworkin, justamente porque el desacuerdo sobre ellas les hace perder entidad: la regla de reconocimiento, en tanto norma social, no puede ir más allá del acuerdo sobre los criterios que la componen, esto es, no llega más allá del acuerdo sobre qué constituye los fundamentos del derecho. Como los fundamentos son controvertidos, habiendo a su respecto una argumentación crítica constante de parte de los operadores jurídicos, no habría tal cosa como una regla constituida por ellos, por criterios que validen al conjunto de normas de un determinado ordenamiento y, por eso mismo, mal puede decirse que en función del origen o forma de adopción de las normas es como puede identificarse cuáles son pertenecientes al derecho de una u otra comunidad, y en definitiva, qué conjunto normativo conforma, unitariamente, el derecho de una cierta comunidad.

Dicho de otra manera: la teoría hartiana de la norma social es la base constitutiva de su noción de REGLA DE RECONOCIMIENTO, de la que se derivaría a su turno la tesis del *pedigree* para la validación e identificación de las normas jurídicas. Con la crítica de MR2, Dworkin pretende derribar la teoría hartiana de la norma social y con ello mostrar falencias teóricas que aquejan a la regla de reconocimiento y así la inadecuación de la tesis del *pedigree* (y de las tesis de la discreción y del deber jurídico que dependen de ella). La crítica que hace en MR2 es, en otros términos, la crítica sobre los desacuerdos expuesta en *Law's Empire*, frente a la que el positivismo jurídico caería por suscribir la PFV, que es consecuencia de que a su turno éste asuma, según Dworkin, una semántica criteriológica. Por lo demás, Dworkin mismo habría empezado ya a mostrar este problema en particular al introducir la noción de PRINCIPIO JURÍDICO, en tanto elemento integrante del derecho en virtud de su contenido sustantivo y no de su origen, y en la medida en que los principios jurídicos serían de una naturaleza notoriamente abierta y, por ende, distintivamente disparadores de controversias, de desacuerdos⁸⁶.

Sin embargo, no es que para Dworkin esta correlación sea estrictamente necesaria. Como veremos más adelante⁸⁷, incluso en una reconstrucción diferente, donde algunas de estas tesis ya no figuran como distintivas (o como compromisos

⁸⁶ Véase *supra*, secc. II.4.

⁸⁷ *Infra*, sección VII.

conceptuales) del positivismo, para Dworkin éste seguiría siendo una inadecuada teoría del derecho. Y el fenómeno de los desacuerdos le sería igualmente problemático en todo caso. La anterior caracterización de la PFV como una forma de ver la variante metodológica del positivismo ayuda a comprender lo no necesario de esta correlación. El positivismo como teoría puede sostenerse sin asumir una metodología como la de la PFV. Al respecto, Dworkin ensaya una reconstrucción del positivismo jurídico en tanto teoría interpretativa del derecho. Que se trate esta vez de una teoría interpretativa tiene que ver, por cierto, con cuestiones metodológicas⁸⁸. Será entonces evidentemente necesario hacer un paneo de lo que Dworkin entiende por teoría (y metodología) interpretativa, como paso previo para la articulación de esta nueva forma bajo la que nuestro autor somete a análisis crítico al positivismo jurídico.

3. El argumento del agujón semántico y el argumento de los desacuerdos

Pero aun antes queda otra cosa por considerar. Según se desprende de la relación anterior entre las distintas tesis críticas del positivismo que formula Dworkin, el argumento de los desacuerdos y el llamado «agujón semántico», aunque muy vinculados, son argumentos distintos⁸⁹. Scott Shapiro ha puesto énfasis en la distinción entre ambos argumentos⁹⁰. En sus palabras:

Es importante no confundir la objeción sobre los desacuerdos teóricos con el argumento que Dworkin llama «el agujón semántico». En *Law's Empire*, Dworkin introduce el argumento del agujón semántico *luego* de formular la objeción sobre los

⁸⁸ Bobbio no es del todo claro sobre la relación entre las versiones teórica y metodológica del positivismo jurídico. Así, a pesar de que afirma que tal vínculo es meramente histórico y fáctico, pero no lógico (véase BOBBIO, 1965/1997: 44 y BOBBIO, 1961/1993: 238), sostiene también que la teoría positivista «presupone el método positivista» (BOBBIO, 1961/1993: 238), lo que puede contradecir lo primero, si se toma a dicha presuposición como un nexo lógico. Sin embargo, Bobbio no aporta argumento alguno para defender esta última tesis, y por cierto parece no sostenerla consistentemente, porque en BOBBIO, 1965/1997: 46 admite que pueda haber una teoría que, no obstante no responder al método del positivismo, se componga de las tesis con que caracteriza a éste en su versión teórica y que sea catalogada como «positivista» sin merecer ello mayores cuestionamientos, al ameritar el calificativo justamente por razones históricas. Así las cosas, y en particular, dada la reconstrucción del positivismo jurídico como teoría interpretativa que luego veremos ofrece Dworkin, parece sensato dejar de lado la citada afirmación del gran autor italiano sobre la supuesta presuposición de un positivismo como metodología para el positivismo como teoría. En cualquier caso, téngase presente que aquí estoy repasando las distintas formas en que Dworkin articula al positivismo jurídico, pero de ninguna manera afirmo que alguna de ellas sea en efecto la mejor manera de entenderlo.

⁸⁹ No todos los que han escrito sobre el tema parecen haber distinguido entre ambos argumentos. Véase, por ejemplo, PEROT & RODRÍGUEZ, 2012: 159.

⁹⁰ Véase también ARENA, 2012: 288.

desacuerdos teóricos. El aguijón semántico es utilizado para explicar por qué los positivistas requieren que los fundamentos de derecho estén determinados por consenso. Dworkin hipotetiza que los positivistas insisten en el consenso porque suscriben tácitamente una semántica criteriológica según la cual sólo puede compartirse un concepto si son compartidos los criterios para la aplicación adecuada de éste. Así, la semántica criteriológica haría en el caso del concepto de derecho que los miembros de una comunidad puedan compartir el mismo concepto —y por ende tener un diálogo significativo sobre su derecho— sólo si comparten los mismos criterios para la aplicación del concepto. Dado que los criterios para la aplicación del concepto de, por ejemplo, derecho estadounidense, no son sino los fundamentos del derecho estadounidense, una semántica criteriológica exigirá que las comunidades compartan los mismos fundamentos de derecho para poder compartir el mismo concepto de derecho. Dworkin argumenta que la semántica criteriológica es defectuosa precisamente porque no permite dar cuenta de los desacuerdos teóricos en el derecho. Este es el argumento del aguijón semántico. Nótese que el argumento del aguijón semántico no es una objeción al positivismo si éste no está comprometido con una semántica criteriológica.⁹¹

Como resalta Shapiro, el positivismo jurídico no sufriría la picadura del aguijón semántico si no estuviera comprometido con una semántica criteriológica⁹². Pero esto no necesariamente lo eximiría de ser objeto del argumento de los desacuerdos. Entiendo que es Dworkin mismo el primero en mostrar esta independencia entre ambos argumentos, al presentar una nueva reconstrucción del positivismo, ya no como teoría semántica, sino como una teoría *interpretativa*. En este caso, intenta mostrar Dworkin, el positivismo sucumbe nuevamente a la objeción basada en los desacuerdos, aun cuando no sea víctima del aguijón semántico.

⁹¹ SHAPIRO, 2007: 54, n. 57. Énfasis en el original, que dice: *It is important not to conflate the objection from theoretical disagreements with the argument Dworkin calls the «semantic sting».* In *Law's Empire*, Dworkin introduces the semantic sting argument after he makes the objection from theoretical disagreements. The semantic sting is used to explain why positivists require the grounds of law to be determined by consensus. Dworkin hypothesizes that positivists insist on consensus because they tacitly subscribe to a criterial semantics, according to which concepts may be shared only if the criteria for the proper application of the concepts are shared. Thus, a criterial semantics for the concept of law would require that community members can share the same concept of law -and hence have meaningful dialogue about their law- only if they share the same criteria for the application of the concept. Since the criteria for the application of the concept of, say, U.S. law are just the grounds of U.S. law, a criterial semantics demands that community share the same grounds of law in order to share the same concept of law. Dworkin argues that criterial semantics is defective precisely because criterial semantics is unable to account for theoretical legal disagreements. This is the semantic sting argument. Notice that the semantic sting argument is no objection to positivism if positivism is not committed to criterial semantics.

⁹² Y, como veremos más adelante, diversos autores han respondido en este punto a Dworkin negando que el positivismo tenga tal compromiso con ese tipo de teoría semántica.

1. *La interpretación y sus fases*

Pasemos entonces a una explicación de lo que Dworkin entiende y presenta como una teoría interpretativa del derecho.

Dicho en forma esquemática, una teoría interpretativa del derecho es una que sostiene que los derechos y obligaciones jurídicas son determinadas por el esquema de principios que provee la mejor justificación de ciertas prácticas políticas de la comunidad. La interpretación de las prácticas jurídicas es la que provee dicho esquema de principios justificatorios⁹³. Vale aquí la pena recordar la manera en que Dworkin expresaba su forma de entender cómo se generan las obligaciones jurídicas en MR1, luego de dirigir sus primeras críticas al positivismo jurídico (y en función de ellas). Porque ya entonces se bosqueja la «lectura interpretativista». Al final de dicho trabajo, decía él que

existe una obligación jurídica siempre que las razones que fundamentan tal obligación, en función de diferentes clases de principios jurídicos obligatorios, son más fuertes que las razones o argumentos contrarios.⁹⁴

Ahora bien, Dworkin desarrolla una forma específica de entender en qué consiste la interpretación. En primer lugar, destaca que lo que llama la «actitud interpretativa» de una práctica social (cualquiera) tiene dos grandes componentes⁹⁵.

1) La asunción de que la práctica tiene un valor, sirve a un propósito; propósito que por su parte puede ser establecido de manera independiente de la mera descripción de las reglas que integran la práctica.

2) Los requerimientos de la práctica, lo que ésta exige a sus participantes, son sensibles a su propósito, responden a él, y por ende han de ser entendidos en función de éste, y también eventualmente modificados por ello mismo.

⁹³ STAVROPOULOS, 2003/2014.

⁹⁴ DWORKIN, 1977/1989: 100. Paralelamente, insisto en que la cita muestra que desde el principio de su obra Dworkin pretendió enfatizar el carácter argumentativo de la práctica jurídica y, con ello, el eminente papel que el desacuerdo desempeña en ella.

⁹⁵ DWORKIN, 1986: 47.

Por otro lado, Dworkin llama la atención sobre cómo su concepción de la interpretación de prácticas sociales se asemeja a la interpretación *artística*, en el sentido de que en ambos casos se trata de interpretar algo creado por personas, pero como completamente distinto de ellas. No consiste en identificar las causas de la práctica, sino el propósito de ésta. Y a su vez, el propósito, fundamentalmente, no es el del «autor» (si es que fuese posible hablar con sentido de un autor de una práctica social, cuya intención pudiese parecer especialmente relevante para comprenderla⁹⁶), sino el del propio intérprete. De modo que no se trata propiamente de *identificar* un propósito. Como ha sostenido famosamente Dworkin en este punto, se trata de *atribuirle* un propósito a la práctica, de manera de volverla el mejor ejemplo posible del género al que se sostiene (se interpreta) que la práctica pertenece⁹⁷.

De esta forma, aunque los dos componentes que mencioné son independientes entre sí, al menos en el sentido de que se puede sostener el primero sin comprometerse con el segundo⁹⁸, la idea dworkineana es el compromiso con ambos, y con ello la noción de interpretación como poseedora de dos características distintivas y obviamente relacionadas, como dos caras de una misma moneda. En primer término, la de ser interna a la práctica misma, parte de ella, y por ende, la de que la práctica propiamente dicha sea de tipo interpretativo. En segundo término, la de que se trate de una interpretación *constructiva*, que hace en parte a su propio objeto, por ser una cuestión de interacción entre el objeto interpretado y su propósito⁹⁹.

De acuerdo con Dworkin, al interpretar una práctica social, uno sigue básicamente tres pasos, o pasa por tres estadios¹⁰⁰. Primero, en lo que Dworkin llama la fase *pre-interpretativa*, se identifican los materiales normativos que forman el contenido tentativo de la práctica, es decir, las reglas y estándares de conducta que la conforman. Dworkin reconoce que en este estadio es muy importante el consenso entre los miembros participantes, puesto que debe haber homogeneidad suficiente en

⁹⁶ DWORKIN, 1986: 63-64.

⁹⁷ DWORKIN, 1986: 52.

⁹⁸ DWORKIN, 1986: 47. Como comenta Dworkin, así sucede en el caso de los juegos, por ejemplo, donde identificamos un propósito pero en general no ponemos en discusión las reglas que los componen por la razón de que éstas no respondan a dicho propósito de la mejor manera posible.

⁹⁹ DWORKIN, 1986: 52.

¹⁰⁰ DWORKIN, 1986: 65-68.

la consideración de cuáles son las reglas sociales relevantes¹⁰¹, que, obviamente, no llevan en sí mismas etiquetas que las identifiquen como tales¹⁰². Según sostiene, la importancia del consenso en torno a las reglas es considerable, pero sólo en esta fase de la interpretación de la práctica en su conjunto. Y con ello, pasa a los siguientes y distintivos pasos.

El segundo es, precisamente, el paso que llama de la *interpretación*, propiamente dicha. Consiste básicamente en la *justificación* de la práctica. Es decir, el intérprete debe, a partir de los elementos identificados en la fase pre-interpretativa, argumentar en favor de un esquema de principios que les den una cohesión general, como un conjunto unitario, y que muestre qué propósito o propósitos¹⁰³ son característicos de la práctica y por qué vale la pena llevarla adelante.

El tercer estadio es el *post-interpretativo*, en el que el material normativo identificado originalmente es modificado, para que quede bien adaptado a la justificación que se le ha acordado en la segunda fase, se contribuya mejor a ella, y para terminar de otorgarle coherencia al conjunto de estándares que forman la práctica. Se trata, evidentemente, de una fase de reforma de lo preexistente¹⁰⁴.

2. Ajuste y justificación

Todo el proceso interpretativo —e, indudablemente, con especial intensidad su fase central, la interpretativa propiamente dicha— está sujeto a dos grandes parámetros de corrección, que permiten comparar interpretaciones diversas entre sí para elegir entre ellas la mejor, la más satisfactoria. Se trata de los sendos parámetros de *ajuste y justificación*¹⁰⁵.

¹⁰¹ DWORKIN, 1986: 66 y 91-92.

¹⁰² Esto es, ni se presentan «por sí mismas» identificadas como pertenecientes a una práctica, ni mucho menos, como es obvio, como pertenecientes a una práctica X (por oposición a una práctica Y).

¹⁰³ De modo que no queda excluida la atribución de más de un propósito. Véase DWORKIN, 2004: 381.

¹⁰⁴ En *Justice in Robes* Dworkin destaca una suerte de valor supremo relativo al derecho, que todas las concepciones y teorías (interpretativas, incluida la suya) intentarían capturar de diferentes modos, es decir, a través de interpretaciones diversas en que se asocia dicho valor a valores menos abstractos que en su relación con éste permitirían discernir mejor su contenido. O, dicho de otro modo, las diferentes teorías del derecho interpretan la práctica jurídica a la luz de diferentes valores, y con ello le dan al valor superior un contenido específico. Se trata del «valor de la legalidad», al que también identifica con el clásico ideal (moderno) del *Estado de Derecho*. DWORKIN, 2006: 169 ss.

¹⁰⁵ DWORKIN, 1986: 67.

2.1. Ajuste

El criterio del ajuste [*fit*] está relacionado con las asunciones que el intérprete necesita hacer sobre qué puede contar como el material (normativo) a ser interpretado. En el caso del derecho, se trata de qué textos, qué pronunciamientos, qué hechos y actos, etc., cuentan —al menos *prima facie*— como «proveedores» de normas jurídicas. Podríamos entonces decir, se trata de asunciones sobre cuáles son las fuentes del derecho y sobre casos (ejemplos) paradigmáticos de material jurídicamente normativo. La interpretación debe poder dar cuenta de lo que aparece como parte de la práctica, esto es, ha de ser interpretación del material normativo relevante, y esto no es aquello que cada juez simplemente decida que es relevante. ¿Qué cuenta como parte de la práctica jurídica? Como dije más arriba, en esto Dworkin concede a la forma en que ha caracterizado a su objeto de crítica, el positivismo jurídico, que el consenso entre los participantes es determinante. Se requiere un acuerdo importante entre los miembros de la praxis jurídica (al menos, entre los miembros de lo que él denomina la *comunidad interpretativa*) sobre lo que podríamos llamar los *insumos normativos* de la interpretación¹⁰⁶.

El de ajuste es un parámetro para juzgar la bondad de una interpretación porque, *cæteris paribus*, es preferible una interpretación que pueda dar cuenta de la mayor cantidad posible del material normativo tenido en principio como relevante. Es decir, la interpretación debe adecuarse a lo que en términos generales es tomado por el resto de la comunidad interpretativa como parte del derecho. Asimismo, Dworkin reconoce que cada comunidad tiene «paradigmas de derecho», que es como llama a las proposiciones jurídicas que no pueden ser desafiadas o cuestionadas si no es bajo el riesgo de afrontar el cargo de ignorar completamente cómo funciona la práctica o —quizás— de haber caído en las redes de la corrupción¹⁰⁷.

Como resultará claro, el que la dimensión de ajuste sea un criterio de evaluación de las interpretaciones está basado a su vez en consideraciones normativas (justificativas) sobre el valor de este parámetro en sí mismo. En trabajos posteriores a

¹⁰⁶ Recuérdese la descripción de la fase pre-interpretativa que se ha dado *ut supra*. Por su parte, nótese que la referencia al consenso al menos entre los miembros de la comunidad interpretativa tiene evidentes resonancias con la idea hartiana de que la regla de reconocimiento se sostiene al menos por el consenso entre una cantidad relevante del conjunto de los *jueces* de una comunidad.

¹⁰⁷ DWORKIN, 1986: 88.

su primera presentación de los criterios de ajuste y justificación, Dworkin resalta que hay valores políticos subyacentes a ambos, y a través de los cuales comprenderlos mejor. En el caso del criterio de ajuste, se trataría del valor de la equidad procedimental¹⁰⁸.

La importancia de la dimensión de ajuste no se aprecia sólo en la fase pre-interpretativa. La justificación ofrecida en la segunda fase obviamente se formula en función de lo identificado pre-interpretativamente, y conlleva obviamente la pretensión de ajuste¹⁰⁹. Por otro lado, un indicador claro de las virtudes de una interpretación determinada respecto de esta dimensión está en la fase post-interpretativa: mientras menos modificación del material preexiste se requiera, mientras menos de lo considerado pre-interpretativamente jurídico quede finalmente excluido como extrajurídico o como contrario a derecho, más adecuada resultará la interpretación en general.

2.2. Justificación

Pero por supuesto, no todo pasa por el ajuste, pues la evaluación global de una interpretación se mide por el balance entre este primer criterio y el segundo, el de la justificación. Este segundo criterio se trata de lo que provee —valga la redundancia parcial— la *mejor* justificación. De entre distintos esquemas de principios (esto es, distintos principios y conjuntos de principios articulados) que pueden proporcionar una justificación global de la práctica jurídica, el intérprete debe elegir el que la muestre «a su mejor luz», el que haga del derecho el mejor ejemplar del tipo más amplio de práctica al que genéricamente se lo adscriba, se afirme que pertenece (*e.g.*, la práctica de ordenación y guía de la conducta de las personas). Esta es una cuestión de convicciones sustantivas y, con ello Dworkin, por lo que al derecho respecta, se refiere a la justificación moral¹¹⁰.

¹⁰⁸ DWORKIN, 2006: 171. Desafortunadamente, el profesor estadounidense no presenta un desarrollo más profundo sobre la vinculación entre la dimensión de ajuste y el valor de la equidad procedimental (véase DWORKIN, 1986: 410-411), y esta relación no parece tan intuitiva como la que se indicará a continuación entre la dimensión de justificación y su valor político subyacente. Para la última discusión suya sobre la equidad procedimental, aunque no vinculada directamente con la dimensión de ajuste, véase DWORKIN, 2011: cap. 18 (esp. 385-388).

¹⁰⁹ SHAPIRO, 2007: 39.

¹¹⁰ DWORKIN, 2006: 144.

Nótese que hay dos nociones diferentes de justificación en juego aquí: por un lado, se trata de justificar en el sentido de ubicar la práctica en otra práctica u actividad más general, de señalarle o atribuirle un propósito, meta o sentido determinado. Pero por otro, se trata también de analizar, de entre todos los propósitos, metas o sentidos elegibles o disponibles, cuál es el que *mejor*, moralmente, le sienta a la práctica bajo análisis, tal como ésta se viene dando en su desarrollo histórico, factual. Podría ponerse a esta última en términos de una *metajustificación*. Una interpretación se mide, así, por el valor moral de la justificación que provee.

Apelando nuevamente a la cláusula *cæteris paribus*, podría decirse que en caso de interpretaciones que satisfagan el requisito de ajuste en la misma medida, será preferible la interpretación que brinde (y dependa de) la (moralmente) mejor justificación de la práctica (jurídica) ¹¹¹.

Quizás una buena forma de presentar ambos criterios sea la de asociarlos con las nociones de explicación y justificación. En este último caso la conexión es obvia. Respecto del criterio de ajuste, por su parte, puede decirse que se trata en definitiva de que la evaluación de una interpretación particular del derecho pasa por ver cuánto pueda ésta explicar que, de lo que extendidamente sea considerado derecho por la comunidad interpretativa del caso, efectivamente lo sea. Y digo «cuánto» en el sentido de «a cuánto», esto es, a qué cantidad de los estándares normativos pre-interpretativamente identificados se los termina por considerar (por explicar como) jurídicos, en función del esquema de principios y propósitos que al efecto la interpretación en cuestión atribuya ¹¹².

Sin embargo, lo anterior puede ser poco más que una metáfora en pro de una mayor comprensión, puesto que aunque presento sendos parámetros (ajuste y justificación) separados y resalto la especificidad de cada uno, debe tenerse en cuenta que para Dworkin ambos criterios son interdependientes, y que no operan uno a continuación del otro. En su concepción, no es que uno sea un criterio más bien

¹¹¹ En este sentido, la vinculación que Dworkin hace en su obra posterior entre el criterio de justificación y un valor político, es precisamente con el valor de la justicia sustantiva. DWORKIN, 2006: 171. La presentación de sendos valores políticos como subyacentes a los criterios de ajuste y justificación le permiten a Dworkin, según creo, afrontar la crítica de que es imposible realizar un balance entre los resultados del empleo de ambos criterios, por ser éstos inconmensurables. Para un ejemplo de esta crítica véase FINNIS, 1992/2011: 220-223.

¹¹² Dworkin no ofrece mayores elementos para medir la capacidad de ajuste de una interpretación.

«mecánico» (el de ajuste) y el otro sustantivo; y no es que la justificación sólo entre en juego cuando dos interpretaciones distintas estén «empatadas» en cuando al criterio de ajuste¹¹³. Por el contrario, la revisión de una interpretación en función de estos criterios es una tarea unitaria¹¹⁴, en donde ambos operan en paralelo, y retroalimentándose¹¹⁵ a la manera del equilibrio reflexivo rawlsiano.

En efecto, toda la concepción dworkineana de la interpretación es una suerte de ampliación de la idea de equilibrio reflexivo rawlsiano¹¹⁶, y es una concepción de la interpretación que en sí misma constituye una interpretación del concepto de INTERPRETACIÓN¹¹⁷.

El juego de los criterios de ajuste y justificación también permite explicar cuándo un caso es para un juez *difícil*. Ninguna interpretación jurídica podrá ser siquiera elegible frente a otras si no cubre un umbral de ajuste de la parte del derecho en que el caso esté inserto (así, nunca podrá rendir fruto una interpretación del derecho que niegue que el poder legislativo tiene competencia para dictar normas jurídicas, por ejemplo). Pero si pasado este umbral siguen habiendo opciones interpretativas disponibles, el juez deberá involucrarse en el desarrollo de estas opciones y en su evaluación de acuerdo a la capacidad de ajuste y justificación que cada una tenga. Entonces tendrá que preguntarse

cuál [de ellas] muestra a la estructura de instituciones y decisiones —los estándares públicos como un todo— de la comunidad en su mejor luz desde el punto de vista de la moralidad política. Sus propias convicciones morales y políticas están [en este punto] directamente involucradas.¹¹⁸

¹¹³ DWORKIN, 2004: 381-382. Por ello también que en escritos posteriores a aquellos en que introduce estos parámetros, los asocie con valores políticos subyacentes, tal como señalé antes.

¹¹⁴ Por lo demás, la idea de que explicación y justificación no sean actividades puramente distintas parece ir muy bien de la mano con el rechazo que Dworkin hace de la distinción entre labores conceptuales y normativas (véanse las siguientes subsecciones).

¹¹⁵ DWORKIN, 1986: 231.

¹¹⁶ RIPSTEIN, 2007a: 8. Para la introducción de la noción por Rawls, véase RAWLS 1971/1999: 18.

¹¹⁷ DWORKIN, 1986: 49.

¹¹⁸ DWORKIN, 1986: 256. El original dice: *asking which [of them] shows the community's structure of institutions and decisions -its public standards as a whole- in a better light from the standpoint of political morality. His own moral and political convictions are [at this point] directly engaged*. Téngase en cuenta que para Dworkin, dos componentes fundamentales de los juicios sobre moralidad política son las consideraciones de justicia y las de equidad formal o procesal (DWORKIN, 1986: 249)

3. La novela en cadena

Una forma característica en la que Dworkin ha ilustrado su idea —ya mencionada— de que la praxis interpretativa que es el derecho funciona de manera análoga a la interpretación artística en general, es utilizando el ejemplo de la redacción de una novela en cadena, que asimismo le sirve también para mostrar la forma en que según él funciona el mecanismo de la adjudicación, esto es, de la resolución judicial de casos particulares. También es útil para mostrar la división de fases de la interpretación señalada más arriba.

El ejemplo nos pide imaginar la escritura de una novela en cadena¹¹⁹, es decir, una novela coescrita en serie por varios autores. A cada uno le toca redactar a partir de lo que ha llegado hasta sus manos, y debe intentar contribuir a que la novela resulte lo mejor posible. De modo que cada uno recibe la novela de forma inacabada y le va agregando su propio capítulo. La fase pre-interpretativa es fácilmente identificable en el enfoque de cada autor sobre el texto escrito por sus antecesores y no en cualquier otro, pero en la fase interpretativa propiamente dicha se evidencia con intensidad la analogía que Dworkin pretende trazar entre derecho y arte (en este contexto, literatura). Se trata de que cada autor (salvo el primero, por supuesto), al recibir lo que hasta el momento se ha escrito, ha de interpretar el material, identificando cuál es el punto de lo hasta allí elaborado, el tema de la obra, el carácter de los personajes, etc. A partir de esa interpretación, elaborará su propia contribución, que ha de ser un avance en la tarea colectiva, y no un golpe de timón hacia donde el intérprete quiera que la tarea en común vaya. Es decir, que fluirá por la dirección que se ha interpretado que traía la actividad desde antes (fluirá desde decisiones del pasado) y en un sentido importante no será una pura creación *ex novo*.

Dworkin complementa esta idea al afirmar que no podemos trazar una distinción tajante entre el estadio en el que el escritor interpreta el material que le ha llegado y el estadio en el que le añade su propio capítulo, guiado por la interpretación que ha realizado¹²⁰, y con esto refuerza nuevamente la analogía con el derecho, y más precisamente con la decisión judicial, buscando ilustrar que cada pronunciamiento de un juez en un caso, es en un sentido un elemento nuevo de la práctica jurídica, pero a

¹¹⁹ DWORKIN, 1986: 228-232. Véase también DWORKIN, 1982/1985: 158-162.

¹²⁰ DWORKIN, 1986: 232.

la vez es en otro importante sentido algo que «ya estaba ahí», que ya «era parte» del derecho mismo. Así, frente a casos difíciles, no es que los jueces «apliquen» estándares normativos que preceden a sus decisiones, a la manera de una simple subsunción de los hechos del caso particular en el antecedente fáctico previsto por los estándares, para luego derivar de ellos una conclusión jurídica. Por el contrario, al decidir se embarcan en una tarea de interpretación que es de carácter constructivo.

El ejemplo de la novela en cadena también le permite a Dworkin poner de relieve otro punto ya mencionado: la interpretación de la práctica no implica la búsqueda y descubrimiento de la supuesta intención de un «autor» de la práctica, de un autor del derecho, en el caso jurídico, como podría ser un legislador, o jueces anteriores cuando se trata de interpretar precedentes judiciales. No es sólo porque la interpretación es constructiva, sino también porque no hay *un* autor cuya intención sea determinante. La práctica es colectiva y como tal, según Dworkin, tiene valores y propósitos distintos de los sostenidos individualmente por sus participantes, incluso los más «activos» (como son jueces y legisladores en el caso del derecho).

4. Tipos de conceptos. Los conceptos interpretativos

Dworkin introduce asimismo la idea de que el concepto mismo de DERECHO es un *concepto de tipo interpretativo*. Para ello distingue entre tres grandes tipos de conceptos: los criteriológicos, los de clase natural, y los interpretativos¹²¹.

Ya he señalado qué entiende Dworkin por conceptos de tipo criteriológico¹²². Con los conceptos de clase natural, Dworkin parece de algún modo hacerse eco de lo sostenido por las llamadas «nuevas teorías de la referencia», según las cuales —dicho a grandes rasgos— hay conceptos que se refieren a objetos que asumimos poseen una naturaleza profunda que desconocemos pero que creemos es accesible a través del conocimiento experto. Estos conceptos se refieren, entonces, paradigmáticamente a objetos naturales cuya estructura profunda puede ser desentrañada por la ciencia, tal que el uso de dichos conceptos tiene un criterio de corrección que es indiferente a la práctica lingüística de la comunidad en general, para depender de la verdadera

¹²¹ DWORKIN, 2006: 9-12.

¹²² Y cómo le atribuye al positivismo el compromiso semántico de que el de DERECHO sería un concepto de este tipo. Véase *supra* sección V.1.

naturaleza del objeto a que correspondan los conceptos en cuestión, o del desarrollo de investigaciones técnicas respecto de los objetos que designen, y del uso de ellos hecho por parte de la comunidad especializada¹²³. Dworkin no considera que el caso del concepto de DERECHO sea el de uno de clase natural, pues corresponde a una institución social¹²⁴. Una práctica con la especial cualidad de ser interpretativa.

Por ello mismo, para Dworkin el propio concepto de DERECHO es un concepto de tipo interpretativo. Ello quiere decir que es un concepto que demanda el ejercicio de la interpretación de la praxis jurídica, a la que el concepto refiere, y tal como él mismo ha caracterizado a la labor interpretativa.

Para los casos de los tres tipos de concepto, admite el filósofo estadounidense, se necesita un consenso previo sobre el tipo de concepto de que se trate para reconocer sentido en su uso. Pero la correcta aplicación de un concepto de cada clase se establece de formas diferentes. Y es justamente una característica de los conceptos interpretativos la de tener criterios de corrección ajenos al consenso. Es decir, se requiere consenso en el entendimiento de un determinado concepto como interpretativo, pero ya no es necesario el consenso sobre sus aplicaciones para determinar la corrección de éstas. Por el contrario, el desacuerdo a su respecto será probablemente habitual, porque justamente se trata de conceptos que se definen por demandar el ejercicio de una más o menos compleja actividad interpretativa. Así, la correcta aplicación no será la más extendida, como en el caso de los conceptos criteriológicos, sino la mejor, en el sentido de la interpretación más apropiadamente balanceada entre el ajuste que haga respecto de los criterios más generalmente extendidos de aplicación y la mejor justificación moral que le otorgue a la práctica misma que el concepto captura.

¹²³ Desarrollos fundamentales en materia de las «nuevas teorías de la referencia» se encuentran en DONNELLAN, 1970; PUTNAM, 1973; y KRIPKE, 1980. Para una profunda investigación sobre las posibilidades de aplicación de los desarrollos de estas teorías en el campo de la interpretación del derecho, véase RAMÍREZ LUDEÑA, 2015; en donde se sigue una línea perseguida al menos desde trabajos como MOORE, 1992 y STAVROPOULOS, 1996 (véase esp. caps. 3-4).

¹²⁴ DWORKIN, 2006: 3. Por cierto, Dworkin parece circunscribir este tipo de conceptos a la referencia de objetos naturales. De allí la manera en que aquí he caracterizado brevemente a los conceptos de este tipo. Pero tal circunscripción no tiene por qué ser el caso, y los defensores de estas nuevas teorías de la referencia ciertamente no se restringen de esta manera (véase RAMÍREZ LUDEÑA, 2015 y MARTÍ & RAMÍREZ LUDEÑA, 2016). Es por ello que he puesto en términos relativos el eco que Dworkin se haría de estas concepciones.

5. Los desacuerdos según la óptica interpretativista

Una vez argumentado que el derecho es una práctica interpretativa, y que el concepto de DERECHO es de tipo interpretativo, Dworkin ofrece su propia explicación del fenómeno persistente de los desacuerdos teóricos en este campo, los desacuerdos sobre los fundamentos del derecho.

En esta línea, los desacuerdos teóricos son desacuerdos interpretativos. Los jueces desarrollan interpretaciones de la práctica jurídica para resolver controversias. Interpretan cuáles son sus propios deberes y obligaciones en tanto que jueces, lo cual implica también, según Dworkin, cuáles son los derechos de las partes que presentan litigios frente a sus estrados. Las interpretaciones que formulan se basan en última instancia en el sentido que le atribuyen al derecho como un todo¹²⁵ y la justificación moral que este sentido tenga. De modo que los desacuerdos teóricos son en definitiva producto del desacuerdo moral acerca de qué principios proveen el mejor ajuste y la mejor justificación de la praxis jurídica, qué principios permiten ver el derecho, como un todo, a su mejor luz moral¹²⁶.

De hecho, Dworkin sostiene que no hay una diferencia sustancial entre esta labor realizada por un juez para decidir casos difíciles y la realizada por los teóricos del derecho; no hay mayor diferencia entre teoría del derecho y adjudicación judicial, sino por el grado de abstracción: la teoría del derecho es el «prólogo silencioso» a la más concreta decisión judicial, pero cada decisión es en sí misma una pequeña pieza de filosofía del derecho¹²⁷. En su óptica, cada argumento que se ofrece en la práctica judicial asume uno u otro fundamento abstracto de los que provee la teoría del derecho. Es decir, presupone una forma de interpretación general de la praxis

¹²⁵ Dworkin admite que la interpretación que hace un juez al resolver un caso no puede dirigirse directamente al derecho como un todo, porque las prácticas jurídicas contemporáneas son lo suficientemente amplias y complejas como para volver esa tarea en un imposible (DWORKIN, 1986: 100-101), pero resalta 1) que al menos aspiracionalmente las interpretaciones en la adjudicación tenderán a ello, y 2) que la interpretación de hecho operará en un progresivo grado de comprensividad, esto es, que para determinar cuál es la mejor interpretación posible (de acuerdo a los criterios de ajuste y justificación) se tenderá a evaluar el rendimiento de las variantes disponibles desde áreas más puntuales (*e.g.*, la interpretación de una ley o decreto) a otras más amplias (un campo temático jurídico, *e.g.*, el derecho de los contratos; de allí al derecho civil/comercial; de ahí al derecho privado; etc.). DWORKIN, 1986: 250 ss.

¹²⁶ SHAPIRO, 2007: 40.

¹²⁷ DWORKIN, 1986: 90.

jurídica¹²⁸. Y como dicha interpretación en la concepción dworkineana involucra distintivamente el razonamiento sustantivo, la reflexión sobre moralidad política, la teoría del derecho no puede estar desvinculada de las filosofías política y moral. Por el contrario, la primera estaría contenida en marco más amplio de estas otras¹²⁹. Las desavenencias entonces se ven acentuadas en función de las extracciones políticas de las que provengan los jueces, de sus concepciones diversas sobre la justicia y de las ideologías que profesen.

El desacuerdo, en esta línea, es inevitable, pero no sólo eso. Para el interpretativismo se convierte en un rasgo central y distintivo del derecho, pero que no lo desfavorece, sino que por el contrario le hace «ganar poder», al volverlo sensible a los intereses de las fuerzas intelectuales que operan dentro de su marco¹³⁰.

6. Concepto y concepciones del derecho. Integridad

Una parte fundamental del trabajo de Dworkin, tanto en extensión como en importancia y complejidad, es la de la construcción y desarrollo de su propia interpretación general de la práctica jurídica¹³¹. Este no es el contexto en el que ofrecer una reconstrucción detallada de ella, así que me limitaré a bosquejar en unas pocas líneas los elementos centrales de su concepción del «derecho como integridad», tal como suele llamársela.

La interpretación más abstracta que hace Dworkin del derecho es el de éste como un instrumento de guía y constreñimiento del ejercicio del poder político (y en particular, de la fuerza pública, monopolizada por el Estado), de acuerdo a los derechos individuales y las responsabilidades que emergen de decisiones políticas anteriores, que serían precisamente relativas en última instancia a la justificación del uso de la fuerza. En esta línea, el derecho de una comunidad sería el esquema de derechos y deberes que fluyen de las decisiones políticas pasadas y justifican la coerción, y es en este sentido que se trata de derechos y deberes de carácter *jurídico*. Sin embargo, aclara Dworkin, ésta es una noción lo suficientemente amplia como para

¹²⁸ DWORKIN, 1986: 90.

¹²⁹ DWORKIN, 1986: 94 y 111 ss.; DWORKIN, 1977/1989: 33; DWORKIN, 2006: 34; *passim*. Otros elementos importantes a incluir en la explicación dworkineana de los desacuerdos en el derecho se verán *infra*, inciso 7.2.3 de la presente sección.

¹³⁰ DWORKIN, 1986: 88.

¹³¹ Elaborada, sobre todo, en los capítulos 6 y 7 de *Law's Empire*.

admitir la discusión sobre qué derechos y deberes de hecho se siguen de las efectivas decisiones políticas pasadas de diferentes comunidades, y sobre cuáles son los valores y principios que mejor permitan dar cuenta de ellos y justificarlos¹³².

6.1. *Concepto y concepciones del derecho*

La interpretación más abstracta recién mencionada se trataría de lo que Dworkin denomina el «concepto» general de DERECHO. Pero en este sentido es ya clásico el uso que hace de la distinción entre el concepto de DERECHO y determinadas y variables «concepciones» sobre el mismo¹³³. El primero sería esta idea muy abstracta y general sobre el derecho, que podría ser caracterizada como la impresión general que resulta de un rápido vistazo al material normativo pre-interpretativamente considerado como jurídico (digamos, en los sistemas jurídicos desarrollados del mundo occidental contemporáneo). Por decirlo de alguna manera, se trata de una forma de resumir el resultado de la fase pre-interpretativa de la interpretación de la praxis jurídica.

Ahora bien, una concepción del derecho, en esta línea, es el resultado del desarrollo y refinamiento de una interpretación general de la práctica tal como Dworkin elabora dicho procedimiento. O dicho en otros términos —y como se verá en el punto siguiente— una concepción del derecho es el resultado del análisis a fondo de su concepto, interpretación mediante. En particular, Dworkin señala que la elaboración de una concepción del derecho debe plantear tres grandes preguntas: 1) ¿Realmente está de algún modo justificada la vinculación entre derecho y coerción? 2) ¿Cuál es el sentido de requerir que la justificación del uso de la fuerza pública se relacione con el estar de acuerdo al esquema de derecho y responsabilidades que fluyen de decisiones políticas pasadas? 3) ¿Qué manera de entender la idea de que los derechos y deberes fluyan de decisiones pasadas (qué noción de CONSISTENCIA) es más útil a efectos justificatorios?

¹³² DWORKIN, 1986: 93.

¹³³ Curiosamente, Dworkin toma la distinción entre el *concepto* de algo y varias *concepciones* a su respecto del famoso uso que hace Rawls de la distinción en torno a la noción de justicia, quien, por su parte, dice tomar la distinción del trabajo del propio Hart. Véase RAWLS, 1971/1999: 5; y HART, 1961/1963: 193-198. Entiendo que una anterior presentación de la distinción (aunque no denominada en los mismos términos) está en GALLIE, 1956.

Es así que una concepción del derecho se planteará, por ejemplo, si la determinación de qué derechos y obligaciones efectivamente hay en una comunidad requiere de juicios de carácter moral (crítica y/o social)¹³⁴. Es así, también, que una teoría interpretativa particular (que desarrolla una concepción) estará dirigida y referida a una cultura jurídica también particular¹³⁵.

6.2. Integridad

La interpretación concreta que ofrece Dworkin, para los sistemas jurídicos desarrollados de nuestros días, gira en torno al valor que denomina «integridad». El valor de la integridad para él se manifiesta de hecho en la práctica jurídica contemporánea (esto es, permite explicar la práctica, dar cuenta de la generalidad del contenido del derecho —criterio de *ajuste*—) y la justifica (criterio de *justificación*); la «pone a su mejor luz».

La integridad¹³⁶ es una virtud política que giraría en torno a la *coherencia* en el manejo del poder público, y que operaría en paralelo a otras virtudes tales como la justicia sustantiva, la equidad y la igualdad formal, a veces consustanciándose y a veces

¹³⁴ Y a este respecto, según Dworkin, la explicitación del concepto de derecho que él da es neutral, y con ello se abriría una nueva forma de entender el perenne debate iusfilosófico sobre la relación entre derecho y moral (DWORKIN, 1986: 97-98). Me parece difícil, no obstante, sostener su proclamada neutralidad, a menos que Dworkin admita, al menos para el nivel «del concepto», que la justificación de la coerción a través de un esquema de derechos y deberes a la que se refiere es una justificación puramente jurídica, que no presupone nada en términos de moralidad. Dworkin no hace una aclaración de ese tipo, y creo que no por descuido sino por indisposición. Así, incluso si en el nivel de la concepción se concluyera que no hace falta el recurso a la moral para determinar el esquema de derechos y obligaciones de una comunidad, seguiría siendo el caso que es parte del concepto de derecho el que esos derechos y obligaciones (cualesquiera sean) *justifican* (moralmente) el uso de la coerción, con lo que habría una conexión presupuesta y de carácter necesario, ineludible. La lectura del pragmatismo como teoría escéptica que niega la relevancia justificatoria de los derechos individuales (véase, *e.g.*, DWORKIN, 1986: 95) sólo reemplaza su rol en la justificación por el de otras consideraciones, pero tampoco excluye la justificación en sí. Por lo demás, el desarrollo de su concepción del derecho como integridad muestra que una parte vital de esa tarea es la de ofrecer una defensa (véase, *e.g.*, DWORKIN, 1986: 216) de la legitimidad política (que permite fundar la autoridad para el manejo monopólico de la coerción), y ello ya es parte de lo que otras teorías del derecho (*v.gr.*, el positivismo, al menos en algunas de sus versiones) pretenden excluir de su campo de trabajo. En este sentido, asimismo, el «concepto» de derecho que Dworkin propone, y que considera incontrovertido (DWORKIN, 1986: 94), sólo opera —según se verá más abajo— como concepto interpretativo. Y ello, es decir, la idea de que el de derecho sea un concepto interpretativo, es ciertamente controvertido.

¹³⁵ DWORKIN, 1986: 102-103. Este es un punto que muy extendidamente le ha granjeado a Dworkin la crítica del parroquialismo o localismo, esto es, de estar su teoría limitada a la explicación (y justificación) del derecho estadounidense, y quizás el británico, pero sin chances de tener mayor alcance. Véase, *e.g.*, RAZ, 2004/2009.

¹³⁶ DWORKIN, 1986: 175 ss.

colisionando con ellas¹³⁷. Dado el contenido que pre-interpretativamente compondría al derecho, el valor de la integridad puede atribuirse (y verse reflejado en) tanto la esfera legislativa, como en la adjudicativa, así como también en el comportamiento no oficial, el de los ciudadanos en tanto que sujetos de derecho¹³⁸.

La integridad se aprecia fundamentalmente como una cuestión de *consistencia de principios*. Esto quiere decir que el Estado ha de actuar de manera tal que los mismos principios de moralidad política justifiquen la generalidad de su accionar (legislación, decisiones judiciales, etc.)¹³⁹. Y ello conllevaría, al menos *prima facie*, que deba extender a todos los ciudadanos los estándares sustantivos de justicia o equidad que aplica para algunos¹⁴⁰. Paralelamente exige, tanto de los funcionarios como de los ciudadanos de a pie, obediencia, no sólo ya a un conjunto de reglas jurídicas, sino — precisamente— también al esquema de principios que les proveen a éstas su justificación. La aceptación de esto último por parte de los miembros de la comunidad permite a su vez comprender mejor el rol importante que cumplen los desacuerdos en la práctica política en general y jurídica en particular, porque ya dejan de parecer un fenómeno necesariamente patológico y marginal, y pasan a operar de manera constructiva, como parte y producto de la interpretación de los principios y por ende de los derechos y obligaciones de cada quien. Negativamente, la integridad implicaría que queda proscrito aquello que sólo puede ser justificado mediante principios que llevarían a rechazar la justificación del resto del accionar oficial. Una forma clásica en que Dworkin ha puesto el punto, es diciendo que el Estado debe actuar «con una sola voz»¹⁴¹.

De hecho, el valor de la integridad sería, de acuerdo a esta argumentación, lo que permite decir que una comunidad sea precisamente eso, una comunidad, y no una

¹³⁷ Véase *infra*, nota 145.

¹³⁸ El que el valor se atribuya y vea reflejado pasa entre otras cosas porque, como he indicado más arriba, la interpretación para Dworkin no consiste en el desentrañamiento de estados psicológicos de las personas («autores» de la práctica jurídica). En este sentido, no sería necesario que ni los funcionarios ni los ciudadanos de a pie acepten deliberadamente (siquiera que sean conscientes de) el funcionamiento del valor de la integridad en la práctica tal como Dworkin lo describe.

¹³⁹ Una nota importante de la discusión dworkineana de la integridad es una forma específica de personificación del Estado, la consideración de éste como un agente moral particular, distinto de los ciudadanos y/o funcionarios que lo componen. Al respecto, véase DWORKIN, 1986: 167 ss.

¹⁴⁰ DWORKIN, 1986: 263: *Integrity is distinct from justice and fairness, but it is bound to them (...) integrity makes no sense except among people who want justice and fairness as well.*

¹⁴¹ DWORKIN, 1986: 165 y 223.

mera agregación de personas. O en los términos que usa Dworkin, la integridad permite entender que una comunidad sea una comunidad «verdadera», por oposición a una «a secas» (producto de la mera coexistencia histórico-geográfica)¹⁴². Y si de comunidad verdadera se trata, según Dworkin, es porque en ella, entre sus miembros, se dan las condiciones para que se generen obligaciones *asociativas* de carácter *fraternal*, en un marco de reciprocidad¹⁴³. En consonancia con lo dicho en el párrafo anterior, es en el contexto de una «comunidad verdadera» que las responsabilidades que surgen y emanan de las decisiones políticas (interpretación —y por ende desacuerdos— mediante) deben por principio ser obedecidas, esto es, se genera un deber general de obediencia al derecho¹⁴⁴, y en ello consiste el que el Estado tenga legitimidad como tal, y por consiguiente autoridad para ejercer la fuerza. Es que la integridad, asimismo, representaría una forma de vinculación entre las esferas política y moral¹⁴⁵, al expandir y profundizar el rol que los ciudadanos cumplen en la formación y desarrollo de los estándares públicos de conducta de la comunidad (obligaciones asociativas fraternales).

Llegamos así a una forma de justificación de la coerción estatal. En este sentido, podríamos hablar del esqueleto de una *teoría política (dworkineana) de la integridad*.

La concepción dworkineana del «derecho como integridad»¹⁴⁶ (como un elemento inserto en su teoría política más general) se basa en la presencia del valor de la integridad en la labor judicial, la adjudicación, a la manera de una instrucción general dirigida a los jueces de identificar los derechos y deberes de las partes que

¹⁴² DWORKIN, 1986: 201.

¹⁴³ DWORKIN, 1986: 199-201. Básicamente, dichas condiciones serían 1) el que los individuos de la comunidad consideren a sus obligaciones asociativas como especiales, esto es, como debidas en el contexto interno al grupo, y no hacia personas fuera de éste; 2) que las consideren como personales, y no en abstractos términos de colectividad; 3) que las responsabilidades puntuales sean vistas como derivadas de un deber general de preocupación por el bienestar de los demás miembros de la comunidad; y 4) que esa preocupación general sea igualitaria, es decir, una forma de atención por igual al bienestar de todos los demás miembros de la comunidad. La consideración de si una comunidad reúne estas condiciones es por cierto una cuestión de interpretación, y ello representa uno de los más fuertes vínculos entre el valor de la integridad y la interpretación *à la* Dworkin.

¹⁴⁴ Sin que se excluya toda posibilidad de excepción. Por el contrario, consideraciones de integridad misma justificarían algunas excepciones a la obediencia en casos concretos, así como habrá otras justificadas en razones de justicia, equidad, etc.

¹⁴⁵ Que hasta aquí, implícitamente, hemos referido en consecuencia como indisolublemente ligadas. DWORKIN, 1986: 189-190.

¹⁴⁶ DWORKIN, 1986: 225 ss.

presentan litigios frente a ellos (y sus propios deberes en tanto que jueces) bajo la asunción de que emanan de un mismo autor, que es la comunidad personificada¹⁴⁷, y al fluir desde las decisiones políticas tomadas con anterioridad. Con ello, también bajo la asunción de que el derecho se estructura a través de un esquema de principios morales con cierta coherencia, que en sus propias decisiones como jueces deben a su vez intentar reforzar. La teoría del derecho como integridad pone esto en términos de una tesis sobre los fundamentos del derecho: una determinada proposición jurídica es verdadera si se sigue de (o figura en) los principios que proveen la mejor interpretación constructiva de la praxis jurídica general de la comunidad.

El «derecho como integridad» resulta así una interpretación general de la práctica que a su vez incentiva la continuidad de las interpretaciones, por parte de los jueces en el marco de la resolución de casos difíciles, a la manera en que más arriba fue presentada la interpretación jurídica como análoga a la escritura de una novela en cadena. Entre otras implicancias importantes, tiene (i), como dije antes, la de que los jueces deben resolver controversias desarrollando la interpretación general de la práctica jurídica, buscando los principios de justicia sustantiva y equidad formal que más se ajustan a ella y que le otorgan mejor justificación¹⁴⁸ y (ii), negativamente, la de que no pueden decidir casos de acuerdo a razones de estrategia política (consistencia de principios y no de políticas). Ello asimismo redundante en que (iii) aun en casos en que parece que no hay material normativo *prima facie* aplicable con el que resolverlos (sea por aparente inexistencia, sea por alto grado de vaguedad, etc.), la elaboración coherentista puede brindar una respuesta. Una respuesta (el deber de adoptar una resolución determinada) que será la jurídicamente correcta para el caso en cuestión. Y es también una afirmación característica de Dworkin que en el contexto de los sistemas jurídicos desarrollados en base a los que él trabaja, es muy alto el grado de probabilidad de que *para todo caso haya una respuesta correcta* que surja de la labor

¹⁴⁷ Véase *supra*, n. 139.

¹⁴⁸ El valor de la integridad puede así ser considerado, además de como una exigencia sustancial de coherencia, como –formalmente– una especie de delimitación general (metafóricamente: como el contorno o silueta) de la práctica, que es frente al que se tienen que desarrollar y evaluar las interpretaciones más concretas de los jueces en casos particulares. Véase DWORKIN, 1986: 246-247, donde dice: *An interpretation is pro tanto more satisfactory if it shows less damage to integrity than its rival* (énfasis en el original).

interpretativa apropiada¹⁴⁹. Esto es, dicho de otra forma, que el derecho carece de lagunas.

7. Otros instrumentos de clarificación

Quizás la preocupación central de la teoría del derecho analítica contemporánea ha sido la de desentrañar el concepto de DERECHO. Una forma adicional en que Dworkin ha buscado clarificar (en su fase posterior de trabajo) su posición en esta empresa es a través de dos distinciones: entre múltiples conceptos de DERECHO, por un lado, y entre distintos niveles de análisis conceptual, por el otro.

7.1. Múltiples conceptos de DERECHO

En primer lugar, distingue entre diferentes sentidos del concepto de DERECHO, que en definitiva considera propiamente conceptos distintos¹⁵⁰. Así, frente a un concepto *sociológico* (referido al derecho como un tipo específico de estructura social institucionalizada), un concepto *taxonómico* (referido a la comprensión del derecho como un conjunto unitario y cerrado de estándares normativos¹⁵¹) y un concepto *aspiracional* (referido al ideal normativo del pleno Estado de Derecho), resalta la importancia que para la teoría del derecho tiene el que llama concepto *doctrinal*. Éste se trataría del concepto de DERECHO en abstracto según el cual decimos, por ejemplo, que la conducta X está prohibida o es obligatoria «de acuerdo con el derecho de nuestra comunidad» (e.g., «En el derecho argentino están prohibidos los tratos crueles, inhumanos y degradantes»). Para Dworkin, este último (tipo de) concepto es el objeto central de su ocupación.

Desgraciadamente, es poco más que lo referido el material con el que distinguir entre estos conceptos. La caracterización (y rápido descarte por irrelevancia) que Dworkin hace del concepto taxonómico de derecho es lo suficientemente escueta

¹⁴⁹ La versión mejor elaborada de su muy discutida *tesis de la única respuesta correcta* es, según creo, la de DWORKIN, 1985a.

¹⁵⁰ DWORKIN, 2006: 2-5 (sobre que sean conceptos distintos, véase esp. 263, n. 1).

¹⁵¹ Como su nombre lo indica, se trataría según Dworkin del concepto que se utiliza, en general por parte de ciertos teóricos del derecho, a la hora de clasificar a tal o cual estándar normativo (regla, principio) como jurídico o extrajurídico (moral, prudencial, de etiqueta, etc.). DWORKIN, 2006: 4.

como para generar alguna duda seria¹⁵². Según sostiene, lo importante en sus investigaciones es la cuestión de si y cuándo la moral es determinante de la verdad de las proposiciones jurídicas, y no la de cómo llamamos a cualesquiera principios morales que de hecho nos parezcan definitorios para ello. Pero el desmerecimiento del etiquetamiento que hace de esta manera no se condice con un etiquetamiento previo que hace, al menos tácitamente, y que parece de mucho peso en el desarrollo de su trabajo: se trata de resolver si la moral es relevante para la verdad de las proposiciones *jurídicas*. No de proposiciones «a secas», o de cualquier otro tipo en particular. Esta asimetría no recibe una justificación expresa. Es posible pensar que entonces lo que él llama el concepto taxonómico tiene un peso importante en el desarrollo del quehacer iusfilosófico: la proposición jurídica PJ es verdadera si y porque el principio P así lo determina, siendo P un principio *jurídico*¹⁵³.

Por lo pronto, una forma de reconstruir la distinción que traza entre estos conceptos de DERECHO puede girar en torno a los grados de abstracción. Mientras que el concepto que le interesa, el doctrinal, no se refiere a estándares normativos particulares, sino al derecho en general en tanto que proveedor de parámetros para la guía de la conducta, el concepto taxonómico es referido a la calificación de estándares concretos y —podría intentarse argüir— es cuestión de otras esferas del estudio del derecho, como la dogmática jurídica. En cualquier caso, esta solución sólo sería parcial, porque representaría para la teoría de Dworkin dos problemas: a) parece ir en contra de su objetivo de, y tendencia a, desdibujar los límites de las distintas disciplinas que giran en torno al derecho, desde la filosofía hasta la resolución judicial de controversias; b) invalida su descalificación del interés del concepto taxonómico por tratarse supuestamente de una mera cuestión de palabras.

¹⁵² El rechazo de todo interés del concepto taxonómico va de la mano de su rechazo a la consideración del derecho como un conjunto cerrado de estándares normativos. Véase *supra*, n. 67.

¹⁵³ Esta cuestión está estrechamente relacionada con lo que sobre el final de este capítulo (*infra*, sección VIII) veremos respecto del «antiarquimedismo» de Dworkin, un presupuesto filosófico de su obra que se ha ocupado de articular y defender sostenidamente.

7.2. Niveles de análisis conceptual

La segunda distinción complementaria es entre niveles de análisis del concepto de DERECHO¹⁵⁴. El tránsito por los diferentes análisis que Dworkin delimita, representaría la formulación de una teoría general del derecho.

7.2.1. Semántico

El primer nivel es el *semántico*¹⁵⁵. Aquí es donde hace su distinción entre los tres tipos de concepto —criteriológico, de clase natural e interpretativo— y la tarea del análisis conceptual consiste entonces, en esta instancia, en resolver a qué tipo de concepto responde el concepto en estudio, esto es, el de derecho. Dworkin no es del todo claro respecto de qué es lo que determina dicha resolución, porque incluso en un punto se refiere a ella como una «elección»¹⁵⁶. Pero recordemos que al distinguir entre (tipos de) conceptos: criteriológicos, interpretativos y de clase natural, enfatiza que el fundamento de la «elección» es en última instancia la manera misma en que los operadores jurídicos y la gente en general¹⁵⁷ entienden a la práctica jurídica, las intuiciones generalizadas sobre cómo funciona el derecho. Es decir, aquí se necesita de consenso y entendimientos compartidos.

7.2.2. Iusfilosófico

El segundo nivel es el *iusfilosófico*. En este, según Dworkin, el teórico, tras haber resuelto en la fase anterior de qué tipo de concepto se trata, desarrolla una ulterior instancia de análisis de acuerdo al tipo de concepto en cuestión. Siendo el de DERECHO, en su visión, un concepto interpretativo, la tarea será entonces la de proveer una interpretación general de la práctica jurídica —tal como fuera descrita esta actividad antes—, identificando el material normativo *prima facie* relevante, asignándole un propósito y una serie de principios a los que responde y que la

¹⁵⁴ DWORKIN, 2006: 9-21.

¹⁵⁵ En concordancia con esto, al señalar la relación entre los diversos argumentos de Dworkin contra el positivismo (*supra* sección V.2), he resaltado que el argumento del agujón semántico es conceptualmente primario, es decir, se dirige contra el compromiso teórico más básico que Dworkin afirma que el positivismo asume, cual es el compromiso con un tipo determinado de semántica (la criteriológica).

¹⁵⁶ DWORKIN, 2006: 12.

¹⁵⁷ Esto es, no involucrada en —o «contaminada por»— la reflexión iusfilosófica academizada.

justifican y predisponiendo un posterior ajuste del material de acuerdo al contenido de dichos principios justificatorios y propósito general de la práctica.

7.2.3. Doctrinal

El tercer nivel es el *doctrinal*. En este nivel la tarea teórica consiste en desarrollar una explicación de las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas a la luz de los valores identificados en el nivel iusfilosófico. Una tesis distintiva de la teoría dworkineana es que la moral cumple un papel fundamental no sólo en el estadio anterior, mediante la asignación de valores y justificación a la praxis jurídica, sino también en éste, porque la moral estaría entre las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas. Para resolver una cuestión jurídica —incluso, por ejemplo, cuando son aplicables las reglas expresas de una determinada ley— la moral, en palabras de Dworkin,

[d]esempeña un papel importante en la interpretación del papel constitucional del parlamento. Las razones que tenemos para pensar que una institución constituida del modo en que lo está tal institución tiene el poder de dictar normas pertenecen al ámbito de la moralidad política, y si los juristas disienten respecto al preciso carácter de dichas razones morales, inevitablemente también lo harán, al menos en algunas ocasiones, acerca de qué es lo que el parlamento realmente ha hecho.¹⁵⁸

La interpretación de disposiciones normativas concretas¹⁵⁹, como los artículos de una ley, puede variar según los métodos y cánones interpretativos que se utilicen (literal, teleológico, sistemático, etc.). Para Dworkin, la elección de uno u otro canon interpretativo depende de (la más amplia) interpretación de la práctica en el sentido delineado en las subsecciones precedentes y correspondiente al nivel iusfilosófico de análisis. Porque la elección de un método sobre otro/s debe defenderse en tanto que la mejor justificación de la práctica de la legislación, que a su vez —siguiendo con este ejemplo— requeriría una explicación del sentido y valor del gobierno representativo

¹⁵⁸ DWORKIN, 2006/2007: 27.

¹⁵⁹ Resalto que me refiero concretamente a disposiciones normativas, y no a la *práctica* del derecho en general, o de una de sus áreas, etc. Esto es importante porque la concepción dworkineana de la interpretación delineada *ut supra* (puntos VI.1 a VI.3) no se pone en juego en este contexto sino en la forma que se indica en las líneas que siguen del cuerpo del texto. Como se verá, no obstante, esta especificación, no supone en Dworkin una distinción cualitativa fundamental entre ambos tipos de interpretación.

mayoritario¹⁶⁰. En este sentido, la diferencia de interpretaciones de prácticas a realizar entre uno y otro estadio de análisis (iusfilosófico y doctrinal) parece más bien de grado, una vez más. Se trata de la medida de concreción —por llamarlo de alguna manera— que tenga la práctica a ser interpretada. Sin embargo, esta cuestión se mostrará problemática, como se verá más abajo¹⁶¹.

El hecho de que Dworkin mencione al tratar el nivel doctrinal de análisis este punto relativo a la dependencia de la elección de cánones interpretativos para las disposiciones normativas puntuales, sugiere que dicha elección es una labor que se realiza en abstracto en este nivel doctrinal¹⁶². Aquí vale mencionar que esto asimismo tiene importancia especial para la comprensión de la cuestión de los desacuerdos en el derecho: los desacuerdos relevantes, aquellos de los que teorías del derecho alternativas a la de Dworkin no podrían dar buena cuenta, son los *teóricos*, esto es, aquellos que versan sobre qué/cuáles son los fundamentos de derecho, pero si los *desacuerdos relativos a las proposiciones jurídicas* («¿Es, para el derecho de nuestra comunidad, verdadero que *p*, o es falso que *p*?») provienen de diferencias de interpretación de disposiciones jurídicas puntuales, en todo caso evidencian también desacuerdos fundamentales, teóricos, puesto que la elección misma de los cánones interpretativos es materia de argumentación e interpretación en el sentido específicamente delineado por Dworkin, tal que debe defenderse en última instancia como mejor justificación de, si no toda, al menos una parte importante y relativamente amplia de la práctica jurídica total de la comunidad. Y no parece que haya otra alternativa: un desacuerdo sobre la verdad de una proposición jurídica proviene, o bien de un desacuerdo *directo* sobre los fundamentos de derecho, o bien de un desacuerdo interpretativo puntual. Ergo, para Dworkin cualquier desacuerdo *sobre un contenido normativo* es un desacuerdo teórico.

7.2.4. Adjudicativo

El nivel ulterior es el *adjudicativo*, el de aplicación judicial del derecho. Vale recordar aquí algo dicho más arriba: para Dworkin no hay diferencia sustancial entre

¹⁶⁰ DWORKIN, 2006: 17.

¹⁶¹ *Infra*, secc. VI.7.2.5.

¹⁶² Para utilizar concretamente esos cánones en la siguiente instancia de análisis, la adjudicativa (véase *infra* secc. VI.6.2.4).

adjudicación y teoría del derecho, y entre esta última y la filosofía política y moral. En este nivel de análisis, ya puramente jurídico —en el sentido de que es producto de las específicas características de la práctica del derecho— se trata de responder a la cuestión de qué es lo que los funcionarios jurídicos encargados de resolver casos particulares deben efectivamente resolver en ellos. La cuestión —más puntualmente— es la de si, y en su caso cómo, los jueces deben en ocasiones apartarse de, o contradecir, lo establecido por el derecho, en base a consideraciones de moralidad política.

Como resultará claro, las respuestas de Dworkin a los planteos que constituyen los niveles anteriores de análisis son los que nos traen a este otro. Lo que se concluya en cada nivel superior tiene repercusiones teóricas sobre qué corresponderá para los niveles subsiguientes. Como él mismo reconoce, si las respuestas anteriores fuesen otras, el nivel de la adjudicación podría ni siquiera ser una parte del análisis del concepto de DERECHO¹⁶³. Es claro, por caso, que si en el nivel semántico se ha determinado que el de derecho es un concepto de clase natural, el desentrañarlo y explicarlo puede tener muy poco que ver con la cuestión de si los jueces deben aplicar todas las normas jurídicas para resolver controversias o en cambio tienen que, en ocasiones, dejar algunas de lado o hasta decidir en contra de lo que una o más dispongan. Esto último sólo sería conceptualmente relevante si se sostiene que el de DERECHO es un concepto interpretativo, que designa una práctica compleja a la que debe asignársele uno o más propósitos dentro de un marco de principios justificatorios, que se desarrolla con una especial sensibilidad a dichos propósitos, etc. Esto explica por qué para Dworkin adjudicación y teoría del derecho son fundamentalmente indistinguibles. Por supuesto, ello implica que la práctica de la adjudicación es también sustancialmente inseparable de la teoría de la adjudicación, y por ende, que teoría del derecho y teoría de la adjudicación son una misma cosa¹⁶⁴.

¹⁶³ DWORKIN, 2006: 19-20.

¹⁶⁴ La distinción entre teoría del derecho y de la adjudicación (y a su vez, entre versiones descriptivas, conceptuales y normativas de cada una) ha sido, por cierto, muy común entre los autores positivistas y realistas que han dedicado esfuerzos a la discusión de las tesis de Dworkin. Véase por ejemplo, COLEMAN, 2001: 70, n. 11; Para las ópticas diferentes del realismo y positivismo ancladas en la distinción entre teorías del derecho y de la adjudicación, véase LEITER, 2007/2012, cap. 2. En 100, esbozando el objeto del capítulo, Leiter dice: *argüiré que mientras el positivismo es esencialmente una teoría del derecho, la cual versa sobre lo que es característico de las normas jurídicas de cualquier sociedad (en oposición, por ejemplo, a las normas morales, estéticas y sociales), el realismo es esencialmente una*

7.2.5. Problemas de clasificación

A partir de esta distinción entre niveles de análisis, Dworkin clasifica a sus rivales teóricos según el nivel en el que cree que sostienen tesis distintivas opuestas a las suyas¹⁶⁵. Así, el realismo jurídico en general operaría a partir del nivel del análisis de la adjudicación y, quizás —cuando está fundado en tesis escépticas sobre la moral—, a partir del nivel iusfilosófico. De igual manera, podría compartir con Dworkin sus opiniones en el nivel semántico y el iusfilosófico, disintiendo con él a partir del nivel doctrinal (sosteniendo que la moral no puede figurar entre las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas, por ejemplo porque con ello no se provee mejor al propósito de la práctica jurídica y los valores que la justifican, siendo éstos —por hipótesis— los mismos a favor de los cuales argumenta Dworkin). Finalmente, podría defender tesis opuestas a lo sostenido por Dworkin incluso desde el nivel semántico. Lo mismo sucedería respecto de distintas versiones del positivismo jurídico.

Ahora bien, creo que la forma en que desarrolla este punto es poco consistente. Veamos.

Comienzo por aclarar que utilizo el verbo «operar» para indicar «sostiene tesis determinadas y argumenta en favor de ellas», lo que a su vez quiere decir, negativamente, que no se trata de meras asunciones o presuposiciones, sino del contenido teórico que distingue como tal a una u otra corriente de filosofía del derecho. Ese *parece* el criterio con el que Dworkin ubica unas y otras variantes (de positivismo y realismo) en su clasificación.

En función de su clasificación y de la ubicación en las distintas categorías que propone, distingue, concretamente respecto del positivismo jurídico, entre uno *político* y uno *analítico*, ambos dentro de lo que llama el *positivismo jurídico doctrinal*. Sin embargo, dice Dworkin, se trata de dos formas de positivismo que operan a partir del nivel iusfilosófico¹⁶⁶. En este contexto, el adjetivo «doctrinal» sería relativo a que se trata de variantes de una teoría sobre el *concepto doctrinal* de derecho (y no el sociológico, el taxonómico o el aspiracional). Así dicho, el uso parece lo

teoría descriptiva de la adjudicación, una teoría acerca de lo que los jueces realmente hacen cuando deciden los casos (énfasis en el original.) Véase también GREEN, 2005. La distinción precede a la discusión directa con Dworkin: véase HART, 1961/1963 cap. 7.

¹⁶⁵ DWORKIN, 2006: 21 ss.

¹⁶⁶ DWORKIN, 2006: 26.

suficientemente claro, pero el problema aparece cuando se aprecia que para Dworkin los dos subtipos de positivismo (político y analítico) operarían desde el mismo nivel *porque sostienen distintivamente la tesis de que la moral no puede ser condición de verdad de las proposiciones jurídicas*¹⁶⁷. En verdad, esa parece una tesis que ha de ser sostenida y defendida en el nivel doctrinal de análisis. Así es como el propio Dworkin ilustraba una posible diferencia con el realismo entendido éste como (que opera a partir del nivel) doctrinal. Y las tesis a defenderse sobre las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas son precisamente lo que define el nivel doctrinal de análisis, en los términos de la caracterización misma provista por Dworkin. Por supuesto, es obvio que la discrepancia del profesor estadounidense con el positivismo puede darse en este nivel y mediando esta misma tesis si en niveles de análisis más básicos se discrepa también; esta discrepancia habrá derivado de otras lógicamente anteriores. Pero en tal caso, o bien las diferencias son producto de tesis formuladas, defendidas y lo suficientemente distintivas como para ser consideradas características del positivismo, en cuyo caso serán esas tesis la razón por la que clasificarlo de iusfilosófico (o semántico) y no la tesis sobre la moral como imposible condición de verdad de las proposiciones jurídicas; o bien la discrepancia se da por tesis no distintivas del positivismo pero que éste asume o presupone, en cuyo caso ya no parecerá tratarse de una teoría —en los términos de esta clasificación— distintivamente iusfilosófica, sino más bien doctrinal.

Ahora bien, la incongruencia parece seguir, porque lo que según Dworkin caracteriza centralmente al positivismo analítico es su *respuesta* sobre lo que resolver en el primer nivel de análisis, el semántico: el concepto de DERECHO es de tipo criteriológico. Es decir, el positivismo analítico es el positivismo en tanto que teoría semántica, como fue delineada, según la caracterización que hace Dworkin, más arriba¹⁶⁸. Cuando pasa a individualizar al positivismo político, Dworkin sostiene que se trata de (sólo) algunas versiones que tienen en cuenta la importancia de las cuestiones sobre cómo deben los jueces resolver casos jurídicos, y que a partir de ello intentan justificar sus puntos de vista sobre qué hace a las proposiciones jurídicas verdaderas en juicios y consideraciones de moralidad política. En este sentido, se trataría de

¹⁶⁷ DWORKIN, 2006: 26.

¹⁶⁸ *Supra*, sección V.1.

teorías interpretativas como la del propio Dworkin, y por ende diferirían de las variantes analíticas en el presupuesto correspondiente al nivel semántico: son teorías interpretativas y no criteriológicas (o «[meramente] semánticas»¹⁶⁹). Por otro lado, una forma en que identifica el carácter político (o, al menos, parcialmente político) de ciertas versiones del positivismo, es por el hecho de que sus proponentes defiendan sus teorías por medio de argumentos de tipo también político, normativo. Como se ve, aunque esta segunda característica del positivismo político pueda ser una tesis propia del nivel iusfilosófico, la primera —relativa a la moral como condición de verdad de las proposiciones jurídicas— nos presenta una vez más el problema de entender si corresponde al nivel iusfilosófico o al doctrinal.

Como es fácil advertir, tampoco parece claro por qué el positivismo analítico es también clasificado por Dworkin como de tipo iusfilosófico, cuando —según él mismo— éste *insiste* en el carácter criteriológico del concepto de DERECHO¹⁷⁰. Dworkin afirma que

[e]l destino del positivismo doctrinal analítico depende por completo de su capacidad de proponer una explicación del concepto doctrinal de derecho que muestre que éste es susceptible de un análisis filosófico sustantivo y moralmente neutral. Si no podemos explicar el papel del concepto doctrinal en la práctica jurídica sin entender que se trata de un concepto interpretativo, entonces no puede haber ningún análisis valioso de tal concepto que sea completamente inocente en términos de moralidad política.¹⁷¹

Sin embargo, no parece que esta consideración se refiera a lo que caracteriza al positivismo analítico (en el sentido de que lo defina), sino que es más bien el test que según Dworkin permitiría evaluar su plausibilidad.

En definitiva, me parece que la forma en que Dworkin distingue entre niveles iusfilosófico y doctrinal de análisis es problemática. El criterio de separación entre ambos no es claro, porque la pregunta por las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas (y en particular, sobre el papel de la moral a este respecto), que

¹⁶⁹ Recuerdo una vez más que en la terminología de *Law's Empire* el positivismo de la PFV es una «teoría semántica».

¹⁷⁰ DWORKIN, 2006: 30-31.

¹⁷¹ DWORKIN, 2006/2007: 42.

parece distintivo y definitorio del nivel de análisis doctrinal, al final resulta prácticamente inescapable como cuestión también relativa al nivel iusfilosófico¹⁷².

Dos formas de reconstruir estas categorías clasificatorias dworkineanas son, por un lado, la de precisar que la tesis sobre la moral como condición de verdad de las proposiciones jurídicas opera de modo abstracto sobre la generalidad del derecho en el nivel iusfilosófico de análisis y de modo concreto, sobre proposiciones particulares, en el dogmático. Por otro lado, una alternativa es ubicar dicha tesis únicamente como cuestión del nivel doctrinal. Ambas reconstrucciones, sin embargo, llevarían a reacomodar el carácter distintivo que Dworkin otorga a algunas de las variantes de las teorías a las que discute. De otro modo, parece que habría que considerar que ambas categorías terminan por colapsar en una.

Este excursus ha sido quizás demasiado largo para señalar lo que parece un problema de incongruencia que en todo caso es menor, pues es sólo relativo a una clasificación. No obstante, me parece que tiene la utilidad adicional de constituir una introducción a las dos cuestiones que restan para completar el trabajo propuesto para el este capítulo. Por un lado, presentar la lectura del positivismo jurídico como teoría interpretativa que Dworkin propone y revisa. Por otro lado, abordar lo que denomina el *antiarquimedismo*, como presupuesto filosófico del que en definitiva se derivan porciones importantes de sus críticas al positivismo.

VII

EL POSITIVISMO COMO CONVENCIONALISMO

1. Positivismo interpretativo (no semántico)

Ya al terminar la sección V adelanté que Dworkin hace una presentación diferente del positivismo que no sufriría de la picadura del aguijón semántico. Se trata del positivismo jurídico entendido ahora como una teoría de tipo interpretativo. En la sección VI vimos la noción dworkineana de interpretación, su idea de que el concepto de DERECHO es de tipo interpretativo, y cómo esto lleva a que la teoría del derecho, en

¹⁷² Y con ello me refiero a que no se trata solamente de la trivialidad de que una respuesta en el nivel superior tiene implicancias concretas sobre la instancia de análisis inferior.

su óptica, haya de ser en sí misma interpretativa, ofreciendo con ello la particular explicación de Dworkin sobre el fenómeno de los desacuerdos jurídicos.

La distinción entre niveles de análisis es una incorporación que Dworkin hace a su entramado conceptual con posterioridad a su presentación estándar del positivismo leído como una teoría interpretativa¹⁷³. El interés de aquí referir dicha distinción antes de bosquejar esta nueva lectura está dado en que puede ayudar a comprenderla más fácilmente.

En efecto, cuando Dworkin presenta al positivismo como una forma de convencionalismo, lo que hace es revisar la plausibilidad de la teoría entendiéndola bajo presupuestos diferentes a los que inicialmente le endilgara (semántica criteriológica, PFV). Su idea es evaluarlo como una teoría que en el nivel semántico de análisis comparte con él mismo la noción del concepto de DERECHO como de tipo interpretativo, pero que difiere de él en la interpretación particular que hace de la práctica jurídica, esto es (y salvando las cuestiones clasificatorias destacadas al final de la sección anterior), en el nivel iusfilosófico.

Grosso modo, el positivismo como convencionalismo¹⁷⁴ se asentaría en la idea de que el derecho establece aquello que todos o la gran mayoría de los operadores jurídicos (jueces, abogados, etc.) acuerda que establece, y que por ende el monopolio de la fuerza pública que se ejerce a través de la maquinaria jurídica sólo puede ser utilizado sobre los individuos en función de esos acuerdos generalizados, manifestados a través de lo que da en llamar *convenciones jurídicas*. Por sobre todo, las convenciones jurídicas versarían sobre quiénes son las personas e instituciones con el poder de crear y aplicar el derecho y los procedimientos para hacerlo.

Como la propia interpretación dworkineana de la praxis jurídica, el convencionalismo también se enfocaría sobre la cuestión de cómo y cuándo ejercer la coerción, y con ello sobre cómo las decisiones políticas del pasado influyen en tiempo presente sobre los derechos y obligaciones jurídicos de las personas. El convencionalismo apostaría al valor de la *seguridad jurídica* como explicación y justificación últimas de la práctica del derecho. O, como denomina Dworkin a este

¹⁷³ La lectura interpretativa del positivismo es presentada en *Law's Empire* y la distinción de niveles de análisis –como se puede notar por las citas– en *Justice in Robes*.

¹⁷⁴ DWORKIN, 1986: 114 ss.

valor: al ideal de las *expectativas protegidas*. En este sentido, lo determinante para la legitimidad del uso de la fuerza pública y la protección de los derechos sería el aseguramiento de la capacidad extendida y generalizada de conocer de antemano las eventuales consecuencias institucionales de nuestras acciones¹⁷⁵. Para ello, el contenido de las decisiones jurídicas concretas y con ello las instancias en que puede legítimamente ejercerse la coerción dependería exclusivamente de hechos, verificables empíricamente y por ende en principio susceptibles de la constatación unánime y uniforme. Estos hechos son los relativos a la sanción concreta de derecho legislado, sea tanto la propia Constitución como el derecho legal infraconstitucional, el establecimiento de normativa concreta a través de sucesivos precedentes judiciales, etc.¹⁷⁶

Según Dworkin, a partir de esta interpretación (es decir, a partir de asignar el valor de la seguridad jurídica como principio explicativo y justificatorio último de la praxis del derecho), el convencionalismo formularía dos subsiguientes afirmaciones post-interpretativas. Por un lado, derivaría la tesis, de carácter normativo (prescriptivo) de que los jueces deben resolver controversias jurídicas particulares ateniéndose a las convenciones jurídicas establecidas de su comunidad, salvando circunstancias extraordinarias. Por otro lado, abonaría y sostendría la tesis de que el derecho no cubre todas las circunstancias posibles; esto es, la noción de convenciones jurídicas permitiría explicar la incompletitud del derecho, la existencia de lagunas, pues siempre pueden surgir casos y situaciones no contemplados por el contenido de las convenciones vigentes o por las decisiones de las personas e instituciones autorizadas por ellas, de manera de requerir nuevas decisiones y convenciones al respecto. En este sentido, hallaría anclaje la idea de discreción en el sentido fuerte, es decir, como ausencia de estándares normativos que determinen decisiones concretas¹⁷⁷.

Estas dos afirmaciones reflejan también la separación que el convencionalismo pretendería trazar y mantener firme entre derecho, por un lado, y moral y política, por

¹⁷⁵ DWORKIN, 2006: 175.

¹⁷⁶ Dworkin usa alternativamente, y de manera ambigua, expresiones como «convenciones jurídicas» (que determinarían decisiones concretas de casos puntuales) y «fuentes convencionales del derecho». Este uso ha sido denunciado por algunos de sus críticos, que pasan, a partir de ello, a intentar mostrar que tiene sentido decir que puede darse la convención de resolver casos difíciles por medios no convencionales, esto es, no dependientes de ulteriores convenciones, como podría ser el razonamiento moral genuino (la llamada moral «crítica»). Véase, por ejemplo, ORUNESU, 2007: 43-44.

¹⁷⁷ Véase *supra* sección II.5.

otro. Las decisiones políticas relevantes para los derechos jurídicos y su protección, y para el ejercicio legítimo de la fuerza pública, son las tomadas en la fase de creación del derecho. Pero a la hora de la resolución judicial de controversias, los jueces no podrían recurrir al razonamiento sustantivo en la búsqueda de respuestas que sólo en el contenido específico, empíricamente verificable, de las convenciones jurídicas, podría encontrarse. Dicho en los términos de los niveles de análisis propuesto por Dworkin: a partir de la interpretación de la práctica jurídica en el nivel iusfilosófico, en la que vincula al derecho el ideal de las expectativas protegidas como su última *ratio* explicativa y justificatoria, el convencionalismo pasaría a vedar en el nivel doctrinal la presencia de la moral como condición de verdad de las proposiciones jurídicas, y por ende a proscribir luego, en el estadio adjudicativo, el apartamiento de lo normativamente establecido en virtud de consideraciones de moralidad política.

Llegados a este punto, vale la pena retomar la analogía que iniciara en la sección V, cuando relacioné la versión que Dworkin presenta del positivismo en tanto teoría semántica con la noción bobbiana del positivismo metodológico, o como *approach*. En esta línea, podría afirmarse que esta nueva reconstrucción que hace Dworkin corre paralela a lo que Bobbio llama «positivismo jurídico como teoría»¹⁷⁸. Si el positivismo metodológico se caracteriza por la tesis epistémica de que el conocimiento del y sobre el derecho depende del conocimiento de ciertos hechos sociales, el positivismo teórico sería una reconstrucción (puntual) del derecho vigente en términos amplios, realizada en función de la constatación de hechos (puntuales) de ese tipo¹⁷⁹.

En cualquier caso, vista ya la distinción entre niveles de análisis que realiza Dworkin, vale también la pena cualificar la analogía anterior entre el positivismo como *approach* de Bobbio y el semántico de Dworkin. Como ya se ve claro, en tanto uno se distingue por una tesis epistémica, el otro se caracteriza por una tesis semántica. En este sentido, creo que la analogía permanece valiosa en la medida en que se tenga presente 1) que lo que une a ambas nociones no es el carácter de su tesis definitoria, sino más bien la situación de «diferencia de nivel» (por usar la imagen del análisis de Dworkin) respecto de la versión teórica; 2) que a pesar de ello sigue siendo el caso que

¹⁷⁸ BOBBIO, 1965/1997: 43-46.

¹⁷⁹ FERRER BELTRÁN & RATTI, 2013: 175.

tanto la versión bobbiana (epistémica) como la dworkineana (semántica) constituyen no una descripción del objeto-derecho (en tanto práctica social), sino una forma o herramienta (al menos una de ellas) con la que enfocar el estudio de éste para su descripción y explicación¹⁸⁰.

2. Convencionalismos estricto y amplio

En este punto, Dworkin introduce una distinción entre diferentes versiones posibles de convencionalismo.

2.1. Convencionalismo amplio

El convencionalismo amplio (esto es, «entendido en sentido amplio») se compromete con una versión más bien tolerante de la idea de que el derecho de una comunidad se agota en las convenciones existentes a su respecto. Ello porque admite que está constituido no sólo por el contenido expreso de éstas, sino también por lo que implícitamente se seguiría de ellas. En esta línea, las decisiones de los jueces no dependen únicamente de lo establecido concretamente por la legislación o los precedentes judiciales puntuales, y el convencionalismo amplio así estimularía a los jueces a que desarrollen interpretaciones personales (y controversiales) sobre lo que ulteriormente se deduciría de las convenciones extendidas en torno a las fuentes del derecho. En los casos difíciles, ello implicaría que no siempre habrá discreción en sentido fuerte (ausencia de material normativo aplicable), porque en esta versión el convencionalismo sería compatible con argumentaciones que, aunque discutibles, pretendan que un resultado concreto para el caso dado se deriva de las más abstractas convenciones operativas relativas a la legislación y los precedentes judiciales. En este contexto, el convencionalismo amplio incluso podría sostener la tesis de que el derecho siempre ofrece respuestas correctas o, dicho en otras palabras, que carece de lagunas.

De acuerdo con Dworkin, esta versión del convencionalismo es la que intentan sostener aquellos autores identificados con el positivismo que han buscado responder

¹⁸⁰ Y teniendo también en cuenta 3) que la asunción de una tesis epistémica como la de Bobbio no necesariamente compromete con una tesis semántica como la que Dworkin atribuye al positivismo jurídico de la PFV.

a sus críticas en las líneas de lo que más arriba¹⁸¹ mencioné como la corriente *incluyente* del positivismo jurídico¹⁸².

Ahora bien, luego de caracterizarlo, Dworkin pasa a descalificarlo como adecuada forma de convencionalismo. Según entiende, esta versión no contribuye en nada al ideal de las expectativas protegidas, porque no restringe en absoluto a los jueces de emprender razonamientos sustantivos —consideraciones de moralidad política— para resolver casos concretos, sino todo lo contrario. Las opiniones de los jueces, controvertibles e insusceptibles de ser conocidas de antemano, pasan entonces al primer plano, y la pretendida separación entre derecho y moral y política se desvanece.

2.2. Convencionalismo estricto

La versión estricta del convencionalismo, por su parte, restringe el contenido del derecho a la extensión explícita de las convenciones jurídicas, como las convenciones en torno a la legislación y la jurisprudencia como fuentes de derecho.

Un problema liminar de esta versión parece ser de la relevancia práctica, porque intuitivamente el derecho en esta óptica quedaría muy limitado. Por ejemplo, y en palabras de Dworkin

[s]i intentáramos describir una teoría de la [interpretación de la] legislación lo suficientemente incontrovertida como para ser autoritativa de modo casi universalmente aceptado entre nuestros abogados y jueces, nos veríamos limitados a algo como lo siguiente: si las palabras de una ley admiten un único significado, cualquiera sea el contexto en el que figuren, y si no tenemos razón para dudar que ese mismo es el significado entendido por todos los legisladores que votaron a favor o en contra de la ley, o se abstuvieron de hacerlo, y la ley entendida de ese modo no tiene ninguna consecuencia inesperada por todos aquellos que votaron por ella, y así habría de ser entendida por el público en general al que está dirigida, y ninguna persona sensible pudiera pensar que ella viola alguna restricción procedimental o sustantiva de la Constitución, o de cualquier otra manera lesionar alguna opinión ampliamente compartida sobre la equidad o eficiencia en la legislación, entonces las proposiciones contenidas en esa ley, entendidas de ese modo, son parte del derecho de la comunidad.¹⁸³

¹⁸¹ *Supra* sección II.6.

¹⁸² DWORKIN, 1986: 125 y 431. En definitiva, dice Dworkin (en 128), se trataría de una versión subdesarrollada de su propia concepción del derecho como integridad.

¹⁸³ DWORKIN, 1986: 124-125. El original dice: *If we tried to describe a theory of legislation sufficiently uncontroversial to command close to universal assent among our lawyers and judges, we would be limited to something like this: if the words of a statute admit of only one meaning, no matter in what*

En este sentido, el convencionalismo estricto se compromete con la tesis de que cada vez que una ley o precedente es vago o ambiguo y no hay alguna otra forma convencionalmente establecida de interpretarlo tal que ese defecto pueda ser superado, el derecho es consiguientemente lagunoso en la materia de la que esa ley o precedente problemático aparentemente se trate.

Así visto, el convencionalismo no parecería poder explicar la manera en que los jueces actúan a la hora de resolver casos difíciles. Lo único que desde esta variante podría decirse es que las controversias dificultosas no se resuelven realmente de acuerdo a fundamentos jurídicos, sino por medio de consideraciones de otro tipo (sea morales, políticas, meros caprichos, etc.).

No obstante, dado que el convencionalismo amplio fracasaría en sus propios términos como una versión mínimamente plausible de convencionalismo, Dworkin procura evaluar el rendimiento de la alternativa estricta, a su vez como una forma de ilustrar cómo operarían los criterios que él mismo desplegó como método para elegir entre diversas interpretaciones de una misma práctica¹⁸⁴. Como es de esperar, su conclusión es que el convencionalismo falla tanto como explicación del funcionamiento de la praxis del derecho (esto es, falla en cuanto a la dimensión de ajuste), como en cuanto evaluación normativa de ella (dimensión de justificación)¹⁸⁵.

2.2.1. Convencionalismo estricto y ajuste de la práctica jurídica

¿Da el convencionalismo una buena explicación del funcionamiento real del derecho, de cómo opera la práctica de ordinario? Ya adelanté que para Dworkin no, y

context they are uttered, and if we have no reason to doubt that this is the meaning understood by all the legislators who voted for or against the statute or abstained, and the statute so understood achieves no results not intended by all those who voted for it and would be so understood by all the members of the public to whom it is addressed, and could not be thought by any sensible person to violate any of the substantive or procedural constraints of the Constitution, or otherwise offend any widely held view about fairness or efficiency in legislation, then the propositions contained in that statute, understood in that way, are part of the community's law.

¹⁸⁴ Entre otras cosas, creo que permite mostrar cómo ajuste y justificación son para Dworkin dimensiones que en última instancia representan dos caras de una misma moneda, y que no todas las críticas que se le hacen basadas en la inconmensurabilidad que mediaría entre ambas se toman en serio la caracterización que él mismo realiza de estas nociones. Véase DWORKIN, 2006: 15-16. No obstante, con esto no quiero decir que la caracterización dworkineana sea de lo más adecuado.

¹⁸⁵ DWORKIN, 1986: 130 ss.

veremos ahora dos argumentos que presenta para mostrarlo. Puede dividírselos en uno sincrónico y uno diacrónico¹⁸⁶.

2.2.1.1. Sincrónico

Para Dworkin, el convencionalismo, en tanto que descripción de la práctica, yerra de manera paradójica. Ello se debe a que los jueces —afirma— de hecho prestan a las convenciones (a las fuentes convencionales del derecho, como la legislación y la jurisprudencia¹⁸⁷) más atención que la que el propio convencionalismo estricto puede admitir. Un juez convencionalista procedería a crear nuevo derecho resolviendo en función de estándares normativos extrajurídicos en cuanto notase que el contenido expreso y claro de las convenciones establecidas se ha agotado y no cubre el caso que tiene frente a sí para decidir. Posiblemente, arguye Dworkin, prestaría especial atención a las decisiones similares en casos anteriores, y en la legislación establecida a niveles más genéricos sobre el tema de que su caso se trate. Pero ello sólo para crear derecho nuevo de manera consistente con el preestablecido. Es decir, para guardar lo que Dworkin llama *consistencia de estrategia*¹⁸⁸. Ésta sería no sólo recomendable para el juez en el ejercicio de su discreción (fuerte), sino una verdadera exigencia normativa, dada (a la manera de principio) por la restricción general que impone la interpretación general convencionalista de la práctica jurídica. La restricción, justamente, de atenerse a lo expresamente preestablecido y no innovar sobre ello. En este sentido, la paradoja es que esa preocupación por el acatamiento de las decisiones políticas del pasado es autofrustrante, la principal causa de que en la práctica los jueces se vean movidos a dejar de lado lo que el derecho pueda haber dispuesto para en su lugar crear derecho nuevo, «más expresa o claramente ajustado», por así decirlo, al caso concreto que tengan entre manos.

2.2.1.2. Diacrónico

Este nuevo argumento tiene que ver con el desafío de la asunción que haría el convencionalismo según la cual el consenso al que los operadores jurídicos lleguen

¹⁸⁶ Dworkin dice que su primer argumento tiene que ver con la consideración de la práctica jurídica «*in cross-section*» y el otro «*over some stretch of time*» (DWORKIN, 1986: 136).

¹⁸⁷ Véase *supra* n. 176.

¹⁸⁸ Por oposición a lo visto *supra*, sección VI.6.2 como «consistencia de principio».

sobre las fuentes del derecho es materia de convención. Es decir, consiste en desligar ambas nociones. Para ello recurre a su anterior distinción entre, precisamente, consensos por convención y consensos por convicción¹⁸⁹. Así, si una determinada proposición jurídica es considerada por la generalidad de los jueces como verdadera por convención, será característico que para cada juez el hecho de que los demás la consideren verdadera sea una razón para considerarla de ese modo también él mismo. Ahora bien, si en cambio fuese ello cuestión de un consenso por convicción, este factor no sería relevante ni distintivo; no influiría en la verdad (o falsedad) misma de la proposición. Por el contrario, los jueces creerán que hay una o más razones sustantivas por las que tenerla (o no) por verdadera, ajenas a la opinión generalizadamente compartida a ese respecto.

Si el consenso relevante es por convención, entonces no hay espacio para que se desacuerde sustantivamente sobre la verdad de la proposición de que se trate. Pero por supuesto que lo hay si en su lugar el tipo de consenso relevante es por convicción. El consenso, en este último caso, no es sobre la verdad de la proposición como tal, sino sobre las razones que fundamentan dicha verdad, sobre lo que hace a la proposición verdadera. Y por ello el acuerdo sobre su verdad tendrá la medida del (estará en función del) acuerdo respecto de las convicciones sobre lo que la fundamentaría.

El argumento de Dworkin puede ser calificado como diacrónico porque exige una consideración de la práctica jurídica a lo largo del tiempo. Tal consideración sería la que permitiría definir cuál es el tipo de consenso relevante para explicarla. De acuerdo con su propia visión sobre cómo se ha ido desarrollando y modificando la práctica jurídica (en particular, la adjudicativa-judicial) en sistemas jurídicos maduros como el estadounidense o el británico, es claro que ha habido grandes cambios en materia de teoría de la legislación, cánones interpretativos, etc., que han sido producto del constante fluir de argumentaciones sustantivas sobre cómo los jueces deben resolver controversias, pero en el sentido de cómo deben resolverlas *bien entendidos cuáles son sus deberes y obligaciones*, es decir, en tanto que argumentaciones *internas* a la práctica de resolución de controversias. A su entender, no tendría ningún sentido que esta clase de argumentaciones se elaboren y tengan

¹⁸⁹ Véase *supra* sección III.2.2.1.

éxito en impulsar reinterpretaciones si no se presupusiera que con ellas se cuestionan convicciones establecidas sobre la práctica, en lugar de convenciones específicas a su respecto. Si lo único que hace a la comprensión de los deberes propios de la adjudicación es el hecho de que existan ciertas convenciones, no puede haber más cuestionamiento interno que el que sea relativo a la verificación empírica de que tal convención efectivamente exista. Pero si por el contrario son relevantes las razones por las cuales se converge de tal o cual modo en la práctica, entonces el espacio de debate sobre las razones que operan como fundamentación queda abierto y allanado.

En esta línea Dworkin afirma que no sólo no es necesario que el consenso relevante para la existencia, supervivencia y florecimiento de la práctica jurídica sea por convención, sino incluso que es el consenso por convicción el que mejor se ajusta a la manera en que de hecho ésta se desarrolla. La convergencia entendida de este segundo modo es de hecho la que mejor cuenta daría de la manera en que históricamente se ha desenvuelto el derecho, a la vez que permite comprender cómo funciona, cuando se mira en tiempo presente, el fenómeno del constante desacuerdo teórico entre los operadores jurídicos.

2.2.2. Convencionalismo estricto y justificación de la práctica jurídica

La justificación de la práctica que propondría el convencionalismo ya fue adelantada: el derecho promovería y hallaría basamento en el ideal de expectativas protegidas, en la llamada «seguridad jurídica». Este valor tiene importancia en cuanto se muestra que las sorpresas son negativas, indeseables, porque tiende a evitarlas. En este sentido, constituyen sorpresa las predicciones de la gente que se ven incumplidas. Pero la sorpresa no es en sí misma injusta, ni siempre es indeseable. Dworkin sostiene que un tipo de sorpresa que sí es injusta es aquella que proviene del fracaso de una predicción cuando dicho fracaso es a su turno el resultado de la acción u omisión deliberada de quien había específicamente alentado la predicción así frustrada¹⁹⁰.

¹⁹⁰ El ideal de las expectativas protegidas, o la concepción tradicional de la seguridad jurídica, enlazada a nociones como las de *justicia formal* e *igualdad ante la ley*, ha sido puesto en duda como genuino valor moral. Es decir, se ha sostenido que no comporta en y por sí mismo mérito moral alguno. Si así fuera el caso, menos atractivo aún tendría como principio *justificativo* de la práctica jurídica. Al respecto, véase LYONS, 1973/1993; y GARCÍA MANRIQUE, 2003.

Como se vio, Dworkin presenta argumentos para defender la tesis negativa: el convencionalismo falla en la dimensión de ajuste, y por ende, fallaría también en la justificativa. Por supuesto, no se trata de que se requiera un éxito total en la empresa del ajuste (siquiera aun, que la interpretación sea la que mejor se desempeña en ese rubro frente a interpretaciones alternativas), pero sí que haya un mínimo de capacidad explicativa, que el convencionalismo no lograría. Arrastrada por este fracaso caería también su capacidad justificativa.

Por otro lado, de acuerdo con Dworkin, si el convencionalismo no se fundara sobre la necesidad de evitación de ciertas sorpresas por razones de justicia, sino por otras cuestiones de indeseabilidad como la ineficiencia, fallaría igualmente, porque habría modelos interpretativos distintos que propenderían mejor a ello¹⁹¹.

Uno de los puntos distintivos del convencionalismo estaría en su capacidad de reconocer que el derecho no cubre todas las situaciones de la vida social que pretende regular. Así, en conflictos entre particulares es a veces posible que ninguna de las partes tenga el derecho de ganar. El convencionalismo parecería tomar esto como hecho dado, según Dworkin, y buscaría explicarlo, pero con ello se generaría una tensión interna, porque el valor de las expectativas protegidas no serviría como sola justificación de la praxis jurídica y se debería complementarla con otros valores que den espacio para la sorpresa que en determinados casos sería inescapable precisamente por causa de la ausencia de respuestas jurídicamente correctas para ellos. Y aquí entra fuertemente, una vez más, el fenómeno de los desacuerdos, porque hace falta incluir en este esquema una caracterización teóricamente adecuada de cómo los participantes de la práctica se involucran en discusiones y argumentaciones, de tipos variados, entre los que el contenido normativo sustantivo, como el de los argumentos políticos y morales, parece tener una presencia inevitable y en ocasiones dominante.

¹⁹¹ Como lo que Dworkin hipotetiza y denomina «unilateralismo», teoría según la cual los conflictos judiciales deberían resolverse según la regla de que el demandado siempre gana a menos que el demandante tenga un derecho a ganar clara y expresamente establecido en las convenciones jurídicas aplicables al caso. Con ello la preservación del *status quo* lograría un mayor grado de realización. Por cierto, el unilateralismo parecería ajustarse bien a la praxis del derecho penal angloamericano, pero aun en los sistemas de aquellas latitudes, sería una pobre explicación del funcionamiento de otras áreas del derecho, como el civil o comercial. DWORKIN, 1986: 142-143.

La «sorpresa justificada» estaría entonces validada por razones diferentes. Una propuesta convencionalista está en la necesidad de coordinación de la vida social, en la capacidad del derecho de proveer a acciones y conductas que permitan a la comunidad un desarrollo armonioso, el logro de objetivos de bienestar y justicia, etcétera¹⁹². En este sentido, la justificación convencionalista del derecho requeriría un balance entre predictibilidad y flexibilidad, entre la protección de expectativas y la capacidad de proveer a la coordinación social a través de la consideración de circunstancias nuevas e imprevistas no reguladas de antemano. Estrechamente vinculado con esto, a modo de condición de posibilidad, está el enfoque especial sobre la autoridad. La autoridad de que gozaría el derecho —y que permitiría implementar— facilitaría, haría posible, la coordinación social, porque no siempre todos se verían beneficiados por las medidas requeridas por los proyectos colectivos y por ende se hace necesaria la imposición por la fuerza en ciertas circunstancias¹⁹³. Ello, por su parte, contribuye a la justificación de la coerción que una teoría interpretativa del derecho ha de brindar.

Pero una vez más, según Dworkin, el convencionalismo se encontraría en dificultades, porque el tipo de balance que busca y necesita sería mejor servido por la consideración casuista de situaciones que por el apego estricto al contenido expreso e indubitable de decisiones políticas pasadas tomadas pura e inexorablemente como reglas generales en las que subsumir las controversias a resolver para deducir una solución. En esta línea, incluso el pragmatismo de las teorías enroladas en el llamado realismo jurídico —a las que Dworkin dedica igualmente un fuerte arsenal crítico¹⁹⁴— serían mejores interpretaciones del derecho que la alternativa convencionalista.

Por todo lo repasado, la conclusión de Dworkin es que el positivismo jurídico es una teoría del derecho defectuosa. Ni tomada como propuesta semántica, ni aun

¹⁹² Hart piensa que la ausencia de respuestas de derecho para todos los casos posibles no es sólo un hecho incontestable (inexorable, por lo demás, ante la textura abierta de los lenguajes naturales en que las normas se formulan y expresan) sino que además es, en su justa medida, saludable, porque permite un mejor desarrollo de metas y objetivos colectivos y el más fácil alcance de ciertas cuotas de justicia que el seguimiento irrestricto de reglas totalmente predeterminadas obstaculizaría. HART, 1961/1963: 160-161. Un desarrollo posterior, ya clásico, en el sentido del fundamento convencional del derecho en relación con una función de coordinación de la vida en sociedad (discutido expresamente por Dworkin en *Law's Empire*) puede encontrarse en POSTEMA, 1982.

¹⁹³ DWORKIN, 2006: 178-179.

¹⁹⁴ Véase especialmente DWORKIN, 1986: cap. 5.

incluso en la «más caritativa» lectura de éste como una teoría de tipo interpretativo como la que Dworkin pretende que el derecho —como concepto y como práctica— requiere, podría dar buena cuenta de su real funcionamiento ni otorgarle adecuada justificación.

VIII ANTIARQUIMEDISMO

Terminaré refiriéndome brevemente a una diferencia crucial entre Dworkin y la tradición del positivismo jurídico. Es crucial por ser de base, presupuesto filosófico desde el que parte la teoría del derecho dworkineana, y que por ello la enfrenta desde el vamos (en sentido conceptual, no cronológico) con las teorías positivistas. Se trata de lo que Dworkin ha llamado el «arquimedismo» en filosofía práctica, y al que ha opuesto su visión «antiarquimédica».

Dicho en términos amplios, el arquimedismo es el enfoque filosófico relativo a prácticas sociales que pretende analizar y dar cuenta de ellas desde un punto de vista externo, no involucrado, valorativamente aséptico. Esto es, que funciona como metadiscurso, como discurso sobre y no como discurso de (o en) la práctica de que se trate. El arquimedismo distingue entre un nivel de discurso de primer orden, que opera desde dentro de la práctica, y uno meta, de segundo orden, que opera desde afuera y se refiere precisamente a la práctica, versa acerca de ella, y por ende acerca del discurso de primer orden, explorándolo y redelineándolo. Dworkin señala que la disciplina filosófica que más característicamente parece haber adoptado este enfoque es la metaética, pero que la filosofía política y la del derecho (de la mano de la tradición positivista) han seguido esos mismos pasos¹⁹⁵.

Así, algunas características distintivas de los enfoques arquimédicos serían la pretensión de neutralidad valorativa y la autocalificación como teorías y posturas descriptivas o bien «conceptuales», por oposición a las «normativas». Es decir, la labor filosófica, de la mano de esta concepción, es la de la identificación y análisis de los rasgos centrales o distintivos de la práctica y/o conceptos en estudio, en particular a

¹⁹⁵ DWORKIN, 2006: 141-142. La pretensión de la metaética, en este sentido, sería la de que sus propios juicios y teorías sobre los juicios de valor no son en sí mismos juicios de valor.

través del lenguaje involucrado, pero no la de su evaluación, o en todo caso la de su juzgamiento de acuerdo a un cuerpo de premisas y actitudes que nada tienen que ver con la práctica o concepto en cuestión¹⁹⁶. Como señala el ya clásico eslogan positivista para el caso del derecho, se trata de dedicarse a éste tal como es, y no tal como deba ser¹⁹⁷. A este modelo responde también la caracterización de Bobbio ya vista del positivismo jurídico en tanto *approach* metodológico¹⁹⁸.

El enfoque propugnado por el filósofo estadounidense, en cambio, es el opuesto, el antiarquimedismo, que niega el sentido de la distinción entre niveles de discurso en este contexto y para el cual el discurso filosófico aplicado a áreas como la política, la moral y el derecho es uno que —supuestas pretensiones al margen— opera dentro de la práctica misma que busca analizar, y no desde un nivel superior o externo. Por ello, según este enfoque el discurso filosófico es parte *integrante* de la práctica social a la que se refiera. De acuerdo con ello, los supuestos juicios de segundo orden, referidos a los juicios de primer orden internos a la práctica, serían sólo inteligibles como juicios de primer orden simplemente más abstractos y generales. Así, por ejemplo, Dworkin rechaza la distinción tajante entre ética (normativa) y metaética¹⁹⁹.

Su trabajo más característico en punto a la defensa de la postura antiarquimédica es el ya citado *Objectivity and Truth: You'd Better Believe It*, publicado en 1996²⁰⁰, en el que desarrolla estas ideas haciéndolas jugar en torno a la controversia sobre la objetividad de los juicios morales. De modo que el antiarquimedismo ocupa en ese marco un lugar fundamental, así como su caracterización de la interpretación, que no es sino un producto gemelo de aquél (y a la luz del antiarquimedismo se entiende mejor su idea de la interpretación)²⁰¹. Trasladada su discusión al campo jurídico, resulta una nueva exposición de cómo el concepto de DERECHO, como otros conceptos centrales de tipo moral y político, es

¹⁹⁶ DWORKIN, 1996: 88.

¹⁹⁷ AUSTIN, 1832/1995: 14, 112, *passim*.

¹⁹⁸ *Supra*, sección IV.3.

¹⁹⁹ Cfr. VON WRIGHT, 1963/2010: 36-40 (esp. 37, que dice: *La idea de que hay una separación tajante entre ética normativa y metaética me parece que descansa en un punto de vista excesivamente simplificado de la segunda (...) A una de tales actividades, la clasificada como «normativa», la llamaría, personalmente, investigación conceptual; y no sabría cómo distinguirla claramente del pretendido análisis conceptual no normativo propio de la metaética* (énfasis en el original).

²⁰⁰ Véase *supra* n. 68.

²⁰¹ RIPSTEIN, 2007a: 10-11

interpretativo, y con ello su análisis demanda un discurso de primer orden, que es parte de la propia actividad que el concepto pretende capturar. Por ello mismo es que Dworkin rechaza de plano los tipos de escepticismo en punto a la objetividad que denomina «externos» (los arquimédicos), que buscan situarse en un nivel metadiscursivo. La propia noción de objetividad moral por la que Dworkin aboga es, en efecto, de carácter discursivo²⁰².

El escepticismo externo en tanto que postura arquimédica rechaza la objetividad en moral y política, y con ello pretende hacer ver al desacuerdo en esos ámbitos como *faultless*, esto es, como carentes de un criterio de corrección que permita discernir entre una parte equivocada y otra en lo correcto: las partes desacuerdan pero ninguna incurre en error. En particular respecto de los desacuerdos en el derecho, esto tiene consecuencias sobre la consideración de los límites del derecho y las lagunas normativas (es decir, sobre cuándo el derecho no establece nada sobre un cierto caso²⁰³) y, por ende, sobre la discreción en la adjudicación. Y de allí las importantes diferencias que al respecto hemos visto entre la teoría dworkineana y el positivismo jurídico; sobre muchos casos que para el positivismo serían no jurídicamente regulados, sujetos a la discreción judicial, Dworkin dirá que hay una (y sólo una) respuesta jurídica, que opera como parámetro de corrección en un litigio: una respuesta correcta.

Como se dijo, la filosofía del derecho para Dworkin no realiza juicios y observaciones externos a la práctica misma del derecho, sino que forman parte de ella. De aquí, la idea de que la identificación del derecho requiere de una actividad

²⁰² RIPSTEIN, 2007a: 8: *Moral justification is yet another special case of this interpretive exercise*. De la mano de esto, Dworkin también pretende paralelamente esquivar compromisos ontológicos más fuertes. *Supra*, sección IV.1, dije que creo que con esto es como Dworkin pretende dotar de sentido a la noción de «hechos morales», en tanto hechos no-empíricos (se trataría del rechazo de una concepción concreta que considera caricaturesca de la noción, más que de un rechazo completo).

²⁰³ Véase especialmente DWORKIN, 1996: 129 ss., donde distingue entre incerteza e indeterminación y cuestiona el hecho de que en general en la teoría del derecho (de la mano del positivismo convencionalista/tesis de las fuentes sociales del derecho) se sostiene por *default* que hay muchos casos (en general, los que generan más desacuerdos) en donde el derecho simplemente no establece respuesta, no tiene nada dispuesto. Para Dworkin, en un caso en que dos partes sostienen tesis contrapuestas, uno puede (por falta de información y demás) asumir por *default* que se trata de una cuestión incierta, pero ello no niega que haya una respuesta correcta para el asunto. En cambio, la negación plena de que la haya, la idea de que se trata de una cuestión indeterminada, es una tesis positiva, y como tal requerirá de argumentos positivos en su favor. Al respecto, véase también BESSON, 2005: 59 ss. Para presentaciones estándar de la idea de los desacuerdos *faultless*, véase KÖLBEL, 2004 y IACONA, 2008.

interpretativa retroalimentadora como la que él mismo caracteriza, y a la que considera propiamente interpretativa (esto es —valgan las redundancias—, su concepción de la interpretación es una interpretación en sí misma, una interpretación sobre en qué consiste la interpretación). De aquí también, la idea de que toda decisión judicial es en sus propios términos una pieza de filosofía del derecho. Y de aquí, asimismo, que esa filosofía del derecho, que no se distingue mayormente de práctica jurídica, no se distinga tampoco (ni dicha práctica) de la filosofía/praxis moral y de la filosofía/praxis política. De todo ello es un corolario el que los constantes desacuerdos que se producen en la teoría del derecho (y el de Dworkin y el positivismo es un ejemplo de máxima) sean un correlato del fenómeno del persistente y relevante desacuerdo en el funcionamiento ordinario de la práctica jurídica; una que para Dworkin es, en última instancia, una práctica de interpretar. Y con ello de argumentar y, por consiguiente, de desacordar.

IX

RECAPITULACIÓN: DWORKIN VS. EL POSITIVISMO JURÍDICO.

LOS DESACUERDOS EN EL DERECHO

Dworkin asume la intuición de que de ordinario nos preguntamos qué es lo que dice el derecho sobre ciertas cuestiones. Por ejemplo, dudamos si hacer X cuando dudamos que X esté legalmente establecido, y vamos frente a tribunales a reclamar si pensamos que un derecho nuestro fue vulnerado, que se ha incumplido una obligación jurídica en nuestro perjuicio. Frente a las diversas cuestiones de hecho y prueba que se discuten en el ámbito judicial, una cuestión central es la pregunta por qué es lo que establece el derecho sobre el caso de que se trate: ¿qué dice el derecho sobre el asunto X?²⁰⁴ Esta pregunta concierne no sólo a las partes en litigio sino a la teoría del derecho, porque implica cuestiones sobre identificación y validez de los estándares normativos jurídicos. Es un hecho que en muchísimos casos la respuesta a esta

²⁰⁴ *Supra*, sección IV.1. Esta nota y las siguientes señalan las secciones y/o subsecciones precedentes en que lo mencionado en el cuerpo del texto se tratara con más énfasis (que no las únicas).

pregunta es muy debatida entre las partes y las autoridades actuantes, y ello debería verse reflejado entonces por la teoría del derecho²⁰⁵.

Para Dworkin el positivismo jurídico es una teoría del derecho inadecuada porque no puede dar cuenta de este fenómeno si no es descalificándolo, al sostener que la discusión profunda y extendida sobre qué establece el derecho es simplemente un sinsentido, porque sólo los acuerdos y la claridad que éstos proveen demarcan los límites del derecho. Los cimientos de lo jurídico son acuerdos, convenciones, y por ende, hechos, que pueden ser identificados empíricamente. El derecho es básicamente un conjunto de normas, cuya validez puede rastrearse según la forma en que fueron adoptadas: el test de validez es empírico-genealógico²⁰⁶. Esta misma idea puede ser leída a través de dos lentes positivistas igualmente distorsionadoras.

Por un lado, puede verse al positivismo como una lente semántica²⁰⁷, según la cual la función de la teoría del derecho sería la de identificar las reglas del opaco uso, los criterios lingüísticos, que definen la utilización de términos como «derecho», «jurídico», etc. El positivismo semántico sostendría la tesis según la cual la utilización de conceptos se rige por una serie de reglas de aplicación compartidas que conforman el criterio de corrección de uso de dichos términos. Visto a través de esta lente, todo desacuerdo profundo y generalizado sería la prueba definitiva de que, sobre lo que se está en discusión, no hay algo jurídicamente establecido: será un caso sin respuesta jurídica.

Por otro lado, puede tomarse al positivismo como una teoría que se tome en serio la idea de que el concepto de DERECHO no es criteriológico, dependiente de la existencia de criterios compartidos sobre el uso de la propia palabra «derecho», sino un concepto interpretativo²⁰⁸ (como el de ARTE, por caso). Esto es, un concepto que demanda de sus usuarios una interpretación constante que vaya desarrollando permanentemente los contornos de su aplicación. La interpretación del concepto de DERECHO, concepto que pretende capturar una práctica social de suma complejidad, supondría la consideración global de la práctica y la atribución a ésta de uno o más propósitos y objetivos, a la luz de los cuales releer de continuo las conductas y

²⁰⁵ *Supra*, secciones VI.5, VI.7.2, VIII.

²⁰⁶ *Supra*, sección II.

²⁰⁷ *Supra*, sección V.

²⁰⁸ *Supra*, sección VII.

parámetros normativos que *prima facie* se considere que la conforman, y en función de los cuales reajustarlos si es necesario, o aun excluir a algunos como parte de la práctica. De modo que ésta requeriría de lecturas continuas que la doten de sentido, la tomen como una unidad coherente y la justifiquen en tanto que práctica que vale la pena llevar adelante²⁰⁹.

Aunque en principio esta sería la buena senda por la que llegar a dar cuenta del fenómeno de los desacuerdos en el derecho (ya no estamos frente a la necesidad del acuerdo sobre los criterios de uso de un término, sino frente a una práctica que demanda de sus participantes la interpretación y argumentación constantes, es decir, que en buena medida *fomenta* el desacuerdo), el positivismo igualmente fracasaría, porque admite la interpretación en niveles más abstractos de análisis pero terminaría precluyéndola allí donde de hecho se produce, en el nivel de la adjudicación, es decir, en los litigios particulares. En la interpretación que el propio positivismo ofrecería en esta versión, el ideal de la seguridad jurídica entendido como el de asegurar el valor de las expectativas protegidas es el que rige y justifica la praxis del derecho, y a partir de él conmina a los jueces a identificar empíricamente, de forma mecánica, las convenciones relativas al contenido e interpretación del derecho. Así, reintroduciría en nuevos términos la necesidad de criterios compartidos, no ya sobre el uso de palabras como «derecho» o «jurídico», sino de cánones interpretativos y sus resultados sobre estándares normativos concretos. Con ello, una vez más, reduciría el ámbito de los desacuerdos a un espacio más reducido que el que en la práctica tiene «*at face value*»: serán, o bien desacuerdos empíricos, o bien serán sobre cómo debería ser el derecho (relativos a la modificación o complementación del derecho en vigor), pero no sobre lo que el derecho en efecto es. Esto sigue siendo una cuestión de acuerdo, de (sub)prácticas y criterios compartidos²¹⁰.

Si a la luz de los hechos esta parece una conclusión absurda —como lo parece para Dworkin— entonces el positivismo debe ser abandonado. No hay manera de que la tesis de las fuentes sociales del derecho —sea leída a través de la semántica criteriológica, o a través de la concepción convencionalista— pueda dar cuenta del fenómeno de los desacuerdos si no es en términos descalificatorios o negatorios de su

²⁰⁹ *Supra*, sección VI.1-4.

²¹⁰ *Supra*, sección VII.1.

relevancia. De modo que para darle sentido al fenómeno deben buscarse alternativas. La alternativa presentada por Dworkin es la concepción de la práctica jurídica en tanto que práctica interpretativa «*all the way down*», esto es, que requiere y fomenta la articulación de juicios interpretativos, que brinden a la vez un «ajuste» de la práctica (es decir, que permitan explicarla, dar cuenta de ella) y una justificación de la misma, y que vayan desde el más abstracto nivel de análisis del concepto de DERECHO hasta el más concreto ámbito de la resolución judicial de conflictos y la articulación de argumentos en favor de una u otra posición en un litigio. Y en este sentido, toda la actividad de interpretación es entendida como un *continuum*.

En este marco interpretativo, los desacuerdos no son un fenómeno periférico, excepcional y/o patológico, sino un elemento central y distintivo, estimulado por las condiciones básicas de la práctica misma. Así, los desacuerdos se explican como la pugna entre interpretaciones diversas de los distintos participantes de la práctica en sus correspondientes «ubicaciones» dentro de ella. La búsqueda del mejor «ajuste» de las prácticas produce distintas lecturas en competición sobre los hechos que la componen y la búsqueda de su mejor justificación suma a ello la consideración de la relevancia política y moral de estos elementos y la necesidad de articular un esquema de principios morales que permitan darle la mayor cohesión y coherencia, a la vez que la muestren a su mejor luz moral (como una práctica *íntegra*), de modo de contribuir en la mayor medida posible a su continuidad armoniosa y a su perfeccionamiento. Los desacuerdos, así, serían un elemento central, crucial para entender el desarrollo mismo del derecho contemporáneo y su presente, a la vez que determinante de la teoría del derecho por venir²¹¹.

²¹¹ *Supra*, secciones VI.5-7, VIII.

CAPÍTULO II

Iusrealismo y desacuerdos

PRIMERA PARTE: Un enfoque italiano (*alla genovese*)

I

RATTI SOBRE EL DEBATE EN TORNO A LOS DESACUERDOS

En opinión de Giovanni B. Ratti¹, la generalidad del debate sobre los desacuerdos en el derecho que se halla en la literatura iusfilosófica angloamericana adolece de una notable falta de claridad. Su principal diagnóstico al respecto tiene que ver con los ataques al positivismo hechos por Dworkin en su libro *Law's Empire*², donde remarca este asunto expresamente³, instalándolo con ello en la agenda de discusión teórica.

Según Ratti, Dworkin incurriría en dos grandes ambigüedades que minarían la fuerza de su desafío. Por su parte, en la medida en que los demás teóricos del ámbito angloparlante no han notado estas ambigüedades, sus intentos de respuesta serían consiguientemente poco fructuosos.

La contribución de Ratti, entonces, consiste en la elaboración de algunas herramientas conceptuales con las que aportar mayor claridad a la temática y desarrollar a su respecto una más precisa labor filosófica. La primera y más básica herramienta es la desambiguación del planteo dworkineano. La segunda, la introducción de distinciones que permitan un análisis más fino de los tipos de desacuerdo que pueden encontrarse en la praxis jurídica, y con ello una clasificación más rica que permita evaluar más fácilmente el tipo de explicación iusfilosófica que

¹ Buena parte de lo que sigue en esta primera parte del capítulo ha sido publicada previamente en un trabajo coescrito con Pau Luque. Así, aunque hago propias las ideas a efectos de responsabilizarme por ellas, téngase presente que el mérito que puedan llegar a tener se debe en gran medida a su trabajo conmigo sobre la propuesta teórica de G. Ratti (a quien debo también un cálido agradecimiento por sus observaciones a dicho trabajo). Véase LUQUE SÁNCHEZ & RAPETTI, 2014. Por otro lado, la presente versión tiene algunas modificaciones respecto de aquella. Véase *infra*, n. 76.

² DWORKIN, 1986.

³ Aunque como se vio en el capítulo anterior, se trata en realidad de una crítica que estuvo presente desde un primer momento en el ataque de Dworkin al positivismo jurídico.

corresponde a diversos tipos de controversias jurídicas. En tercer lugar, Ratti distingue dos formas de análisis de las prácticas jurídicas de una comunidad en punto a la detección o relevamiento de desacuerdos de los diferentes tipos clasificados.

A continuación ofreceré una reconstrucción de la posición de Ratti, para luego presentarle algunas observaciones críticas. En particular, intentaré mostrar —de más de un modo— que la distinción entre tipos de desacuerdo que propone resulta en definitiva poco refinamiento en relación con el planteo original de Dworkin, porque algunas de las clases de desacuerdo que Ratti sugiere son en última instancia reconducibles a tipos de desacuerdo más básicos tal como Dworkin previera. Por otra parte, procuraré mostrar que, *contra* lo que Ratti defiende, hay al menos un sentido en el que las fuentes del derecho no pueden ser identificadas de una manera completamente pragmática (donde por «pragmática» se entiende «de manera ajena a cualquier tipo de actividad interpretativa»). Esto segundo tiene, nuevamente, peso para abonar la primera crítica, recién mencionada.

En sus sucesivos trabajos, Ratti ha ido modificando ligeramente algunos de sus aportes, de manera que —como se verá— mi presentación no necesariamente se condecirá exactamente con ninguna de las versiones puntuales que él ha formulado, sino que conjuga elementos diversos de sus trabajos sobre el tema que nos ocupa.

1. La ambigüedad de Dworkin

De acuerdo con Ratti, la primera y principal ambigüedad dworkineana es relativa a su noción de *fundamentos del derecho* [*grounds of law*]. Dworkin confundiría sistemáticamente, al referirse a los fundamentos del derecho, lo que se suele denominar «fuentes del derecho», por un lado, y el contenido de significado de dichas fuentes, por el otro. En virtud de esta primera ambigüedad, Dworkin incurriría en otra, conceptualmente posterior, con su clasificación entre desacuerdos teóricos y empíricos⁴. En efecto, de acuerdo con Ratti, la categoría dworkineana de desacuerdos teóricos debería ser subdividida según la desambiguación que corresponde hacerle a la noción de fundamentos del derecho. De este modo, debería distinguirse al menos entre los desacuerdos *relativos a las fuentes del derecho* y los desacuerdos *relativos al*

⁴ DOLCETTI & RATTI, 2012: 183-185.

contenido de significado de éstas. Sin embargo, con eso no basta, porque en la práctica jurídica se aprecian desacuerdos de tipos distintos, de los que no podría darse adecuada cuenta con las tres categorías resultantes (teóricos, interpretativos, empíricos).

Antes de referir la tipología de desacuerdos que introduce Ratti, no obstante, importa señalar la noción de «fuente del derecho» que maneja, y con la cual pretende especificar aquello que Dworkin trata ambiguamente. Tomando como base una caracterización de Alf Ross⁵, define *fuentes del derecho* como

cualquier formulación normativa (es decir, cualquier enunciado reducible, sin pérdida de significado, a un enunciado deóntico) que puede ser utilizado por los órganos judiciales para motivar su decisión.⁶

Cabe aquí señalar dos cosas. En primer lugar, Ratti parece equiparar esta noción con el conjunto de criterios de validez de las normas jurídicas que según Hart constituiría la *regla de reconocimiento*⁷. En segundo lugar, esta definición presupone una distinción importante: la distinción entre *formulación normativa* y *norma*. Mientras la primera es una construcción verbal expresiva (sea oral o escrita), la norma en sí misma no se confunde con dicha forma de expresión, sino que es el significado de ella. Una misma norma, entonces, puede ser expresada a través de más de una formulación, y —a la inversa— una misma formulación puede expresar a la vez más de una norma⁸.

2. Una reclasificación de los desacuerdos en el derecho

Es así que Ratti divide entre los siguientes tipos de desacuerdos jurídicos:

1) Desacuerdos de reconocimiento, o «desacuerdos teóricos en sentido estricto»⁹ (de aquí en más, DR). Estos desacuerdos versan sobre cuáles son las fuentes jurídicas de un determinado ordenamiento. Así, se discute clásicamente, por ejemplo, si la moral

⁵ ROSS, 1953/1963: 75.

⁶ RATTI, 2008: 307.

⁷ RATTI, 2008: 306-7; Véase también RATTI, 2012a.

⁸ ALCHOURRÓN & BULYGIN, 1983/1991: 442; NAVARRO, 1993: 244-248; GUASTINI, 2011/2012: 30-40. BULYGIN, 2006: 79-88 y RODRÍGUEZ, 2012: 181-185 constituyen ejemplos en que, sobre la base de que Dworkin no hace esta distinción, se discute en particular su crítica al positivismo jurídico.

⁹ DOLCETTI & RATTI, 2012: 185-186 y RATTI, 2008: 307.

funge o no (si es conceptualmente posible que lo haga) como fuente del derecho, y dicha discusión es la que divide básicamente a positivistas jurídicos y teóricos del derecho natural. Ratti da otro ejemplo: la discusión sobre si las reglas de inferencia lógica (y eventualmente cuáles) han de ser fuente del derecho, en el sentido de que se pueda derivar, a partir de ellas, normas implícitas a partir de las normas expresas¹⁰.

2) Desacuerdos interpretativos (en adelante, DI). Se trata de disputas sobre el significado de las fuentes (formulaciones normativas)¹¹. Estos desacuerdos a su vez pueden ser subdivididos entre:

a) referidos a clases de casos (casos genéricos¹²), es decir a las propiedades que definen intensionalmente un determinado concepto designado por un término de clase (*e.g.*, qué quiere decir —*i.e.*, cuáles son las características definitorias de— «vehículo»¹³). Tal como sucede respecto de los términos de clase, individualmente considerados, sucede —probablemente con mayor frecuencia¹⁴— con los enunciados completos que contienen términos de este tipo;

b) referidos a un caso concreto (casos individuales¹⁵) Ratti no menciona específicamente este subtipo, pero es concebible de acuerdo a la correlación que, según se habrá advertido, aquí estoy haciendo entre la noción de DI y la clásica distinción de Alchourrón y Bulygin entre *casos genéricos* e *individuales*. Un DI sobre un caso individual podría ser uno en el que se está de acuerdo en la significación genérica de un término pero ésta adolece de vaguedad extensional de manera que a pesar de ese consenso sobre la significación genérica, desacordamos sobre la inclusión en la referencia del término de tal o cual elemento concreto. Por ejemplo, podemos coincidir en una definición o caracterización aproximada del (significado del) término

¹⁰ RATTI, 2012b: 297-299. Algunas muestras de dicha discusión son RAZ, 1985 (esp. secc. IV); ALCHOURRÓN & BULYGIN, 118-122; MARMOR, 2001: 69-70; NAVARRO & RODRÍGUEZ, 2014: 232-240.

¹¹ DOLCETTI & RATTI, 2012: 186 y RATTI, 2008: 307.

¹² ALCHOURRÓN & BULYGIN, 1975: 57 ss. (esp. 59).

¹³ Ratti parece denominar a estos casos como *desacuerdos interpretativos de selección* cuando utiliza este rótulo para referirse a los desacuerdos «sobre el mejor modo de interpretar», pero esto no resulta del todo claro, y el término no recibe mayor desarrollo. En este sentido, en el cuerpo del texto he intentado una especificación del propio trabajo del autor italiano. Véase Ratti, 2008: 307.

¹⁴ Véase GUASTINI, 2011/2012: 41.

¹⁵ ALCHOURRÓN & BULYGIN, 1975: 57 ss. (esp. 58).

«vehículo» pero así y todo no coincidir en si considerar o no a los patines como un vehículo¹⁶.

3) Desacuerdos decisionales (DD, en lo sucesivo). Controversias sobre la decisión concreta a adoptar en un caso puntual. Ratti no explicita directamente subtipos, pero podría decirse que al menos pueden encontrarse los siguientes modelos:

a) visiones distintas sobre qué decidir en un caso en que hay interpretaciones alternativas para la normativa atinente al caso, que son igualmente admisibles¹⁷;

b) es posible que en su fuero interno un juez concluya que la interpretación para él correcta de una determinada disposición D es X, es decir, que la norma relevante para el caso que se le presenta sea X. No obstante, por una diversidad de circunstancias, un juez puede *expresar, decir*, que la interpretación apropiada (la norma pertinente) es en cambio Y. Más allá del tal vez insalvable problema de la posibilidad de comprobación de la diferencia entre lo internamente interpretado y lo efectivamente expresado como interpretado, puede analíticamente distinguirse entre ambos¹⁸, y por ende señalarse —al menos en principio— un desacuerdo decisional en aquellos casos en que dos operadores jurídicos interpretan lo mismo (en el sentido del fuero interno), pero *expresan* interpretaciones diversas¹⁹;

¹⁶ La división aquí trazada, para el nivel de la interpretación de formulaciones normativas, entre desacuerdos referidos a casos genéricos y a casos individuales, corre en paralelo a la distinción, al nivel de las normas (es decir, habiendo mediado ya algún tipo de interpretación), entre los desacuerdos referidos a los contenidos de las normas, y desacuerdos referidos a cuáles son las instancias de aplicación de éstas. Al respecto, véase COLEMAN, 1998: secc. 6; COLEMAN, 2001: 116 y ORUNESU, 2007: 39-41, quienes discuten a otros autores que niegan la posibilidad o utilidad de la distinción: DWORKIN, 2006: 191-194; MARMOR, 2001: 57-58.

¹⁷ DOLCETTI & RATTI, 2012: 186.

¹⁸ Una consideración análoga hace Riccardo Guastini respecto de la distinción entre interpretación *en abstracto* y *en concreto*. Véase GUASTINI, 2011/2014: 33 (aunque no estoy seguro, creo que ello representa un cambio de opinión respecto de GUASTINI, 1996/1999: 247-248; si ello es así, evidentemente concuerdo con su segunda opinión y no con la primera).

¹⁹ Alternativamente, puede hablarse de un desacuerdo *intrasubjetivo*: el de un mismo juez entre lo que cree en su fuero interno y lo que manifiesta públicamente. Como es obvio, sin embargo, las diferencias entre lo creído internamente y lo expresado hacia afuera carecen de relevancia práctica, en el sentido y la medida en que sólo esto último 1) tiene efectos directos sobre el mundo (en particular, sobre la posición jurídica de otras personas) y 2) es empíricamente constatable. Por supuesto que hay otros sentidos en que sí media relevancia práctica, *e.g.*, respecto de cómo uno mismo debe sentirse. Un tipo de caso distinto y también relevante de manera práctica en esta misma línea es lo que en filosofía moral se ha dado en llamar «conflicto trágico»: un agente debe decidir entre adoptar cursos de acción alternativos y los encuentra a todos moralmente incorrectos y sin que ningún requerimiento moral supere al otros u otros. Véase WILLIAMS, 1979/1993: 101. Pau Luque ha sostenido que un conflicto trágico de este tipo es un caso de los desacuerdos *faultless, i.e.*, sin error o «intachables», que tanto objeto de análisis son en diversas áreas de la filosofía contemporánea. Véase LUQUE SÁNCHEZ, 2014: 175.

4) Desacuerdos ontológicos²⁰ o axiológicos²¹ (de aquí en más, DA). Este último tipo de desacuerdo es relativo a la objetividad de ciertos valores a los que el derecho puede apelar para la determinación del contenido de una normativa y/o decisión en concreto y a cuestiones valorativas conexas. En esta línea, puede subdistinguirse entre:

a) divergencias meta-interpretativas²², esto es, sobre la metodología interpretativa a adoptar (Ratti también denomina a estos casos como de «desacuerdos de convalidación»²³). En este sentido se puede discutir sobre si es más apropiada, como cuestión abstracta y no conectada a problemas interpretativos particulares, la interpretación literal, la sistemática, la que apela a las intenciones de el/los legislador/es, etc.; y asimismo, divergir sobre en qué consiste, qué exige, una u otra teoría (o técnica²⁴) interpretativa;

b) desacuerdos sobre la existencia de valores objetivos con que resolver casos en que media la invocación de conceptos morales. Esta es la eterna disputa entre objetivistas y no-objetivistas en metaética²⁵. Estos últimos rechazan que los casos puedan ser resueltos sobre la base de algo que sostienen no existe (los criterios de corrección que se corresponderían con esos valores objetivos), mientras que los primeros defienden lo contrario.

c) puede ser el caso que dos partes acuerden sobre la existencia de valores objetivos pero desacuerden sobre:

i – cuáles son dichos valores;

ii – cuál es el orden de prelación relativa de unos valores sobre otros (asumiendo por hipótesis que se comparte lo discutido según el subinciso anterior).

²⁰ RATTI, 2008: 315-316.

²¹ DOLCETTI & RATTI, 2012: 187.

²² FERRER & RATTI, 2013: 181-182.

²³ RATTI, 2008: 307.

²⁴ O «canon interpretativo», o «método interpretativo». Usaré todas estas locuciones como sinónimas.

²⁵ La clasificación en metaética es en realidad mucho más compleja (de manera muy básica, incluye, por el lado objetivista, a realistas morales naturalistas y no-naturalistas, y constructivistas éticos; y a antirrealistas expresivistas y emotivistas, por el lado no-objetivista), pero en términos generales podemos entender la diferencia entre objetivistas y no-objetivistas en el sentido de que mientras para los primeros los juicios morales son susceptibles de corrección o incorrección objetiva (las diferentes familias discrepan acerca de cuáles son los criterios de corrección, pero todas ellas coinciden en que tales criterios no pueden ser meramente subjetivos), para los segundos, o bien los juicios morales no son susceptibles de corrección o incorrección objetiva, o bien los juicios morales son susceptibles de criterios de corrección o incorrección pero éstos son totalmente dependientes del sujeto que está juzgando. Véase, entre otros, SHAFER-LANDAU & CUNEO, 2007 (esp. Parte I); también MILLER, 2003.

3. Dos perspectivas de análisis

El tercer elemento del aparatage analítico ofrecido por Ratti consiste en la distinción entre dos formas de analizar los ordenamientos jurídicos para relevar la magnitud del fenómeno de los desacuerdos.

*Perspectiva sincrónica*²⁶: tiene que ver con la apreciación del desacuerdo en un recorte espacio-temporal determinado. Es decir, se trata de revisar qué cantidad de desacuerdos se producen de hecho en una práctica jurídica *X* considerada como un todo en un tiempo *t* específico. Gráficamente podría decirse que el método consiste en tomar una suerte de fotografía, una instantánea, de la praxis jurídica, para entonces analizar qué cantidad y qué tipos de desacuerdos se dan. En función de este tipo de análisis, Ratti sostiene que el fenómeno del desacuerdo puede parecer poco relevante, en el sentido de que es comparativamente minoritario respecto del fenómeno opuesto del acuerdo. Esto es: las controversias jurídicas son sincrónicamente inferiores a las situaciones jurídicamente reguladas que se desarrollan de manera incontrovertida.

Perspectiva diacrónica: el análisis diacrónico de una práctica jurídica *X* supone la revisión de su funcionamiento en una conjunción de momentos diferentes. Ya no se trata de relevar cuántos desacuerdos, y de qué tipos, hay en *X* en el tiempo *t*, sino en los tiempos *t1+t2(+...tn)*. Asimismo, analizando diacrónicamente un ordenamiento, resultará de especial interés apreciar no sólo las relaciones entre los diversos elementos que lo componen, sino también la «evolución» o «recorrido» en el tiempo de un (aparentemente) mismo elemento. Con esto me refiero específicamente —como podrá adivinarse— a la consideración de una misma disposición normativa en distintos momentos. Esto porque, en función de la distinción entre disposición normativa y norma (una vez más: entendiendo a la primera como un enunciado lingüístico y a la segunda como el significado de éste obtenido mediante una interpretación), puede resultar no sólo que una misma disposición reciba distintas interpretaciones (y por ende, exprese distintas normas) por varios agentes a un mismo tiempo²⁷, sino que para varios agentes, pero también para uno mismo, una idéntica disposición puede recibir interpretaciones diversas en momentos sucesivos. Las mismas disposiciones normativas son continuamente reinterpretadas.

²⁶ RATTI, 2008: 326-327, FERRER BELTRÁN, 2010: 152-154 y 181-182.

²⁷ Lo cual surgirá de un análisis sincrónico de las interpretaciones en juego para tal disposición.

Como se ve, la impresión de Ratti es que los resultados del análisis de un ordenamiento jurídico contemporáneo desde estas dos perspectivas probablemente serán diversos según cada una. Así, entiende que mientras desde un punto de vista sincrónico el grado de acuerdo puede ser mayor al de desacuerdo, en el sentido de que habrá muchos más casos de acuerdo y convergencia que de desacuerdo, desde un punto de vista diacrónico el desacuerdo parece efectivamente un fenómeno distintivo de la praxis jurídica²⁸.

Asimismo, la consideración sincrónica es matizada (y el matiz no es menor) según lo siguiente: bien puede ser (y, siguiendo a Tarello²⁹, Ratti también presume) que el acuerdo apreciable sea ficticio, en el sentido de versar sobre las fuentes del derecho, pero no sobre la interpretación a darles a éstas. Por ejemplo, se podría estar de acuerdo en que el conjunto de leyes promulgadas por el parlamento italiano son parte integrante del derecho italiano, aunque en realidad haya un acuerdo nulo o casi nulo sobre el contenido concreto de dichas leyes³⁰.

4. Una relectura de los casos Dworkin

Ratti revisa algunos de los casos famosamente utilizados por Dworkin para plantear sus objeciones al positivismo jurídico e intenta mostrar cómo el autor estadounidense cambiaría su forma de analizarlos de modo de ofrecer tesis críticas diferentes³¹. Así, el ya mencionado «Riggs vs. Palmer» sería presentado por Dworkin en MR1 como un caso en el que los jueces desacuerdan sobre cuáles son las fuentes del derecho a partir de las que obtener la solución del caso: mientras que para la opinión mayoritaria el principio de que *nadie puede beneficiarse de su propio delito* es una fuente del derecho, de la que se puede y ha de extraerse un contenido normativo aplicable al caso de marras, para la opinión minoritaria —según Dworkin presenta allí el fallo— dicho principio no es una fuente de derecho, y por ende no hay fundamento para resolver del modo pretendido por la mayoría, que no recibiría sostén en ninguna

²⁸ En realidad, Dworkin tiene en cuenta esta distinción entre la apreciación diacrónica y sincrónica del funcionamiento de un ordenamiento jurídico (véase la secc. VII.2.2.1 del capítulo anterior), pero es cierto que no parece tenerla en cuenta en particular para la evaluación específica de la magnitud empírica del fenómeno de los desacuerdos.

²⁹ TARELLO, 1980/2013: 329.

³⁰ *Infra*, sección III de esta primera parte, se presentará un serio reparo cualificador, un nuevo matiz a este matiz introducido por Ratti.

³¹ RATTI, 2008: 308-313. Véase también FERRER BELTRÁN, 2010: 179-182.

de las fuentes que ellos reconocen como propias del derecho que deben aplicar. La lectura más amplia de esto, apoyada por Dworkin, es que se trata de una discusión acerca de si los principios morales (o al menos algunos de ellos) son jurídicamente relevantes para la resolución de casos; esto es, en particular, si son fuente de derecho.

Sin embargo, Dworkin retoma este mismo caso en *Law's Empire* pero desde un óptica inconfesadamente diversa, de la que surgiría, de acuerdo con la lectura de Ratti de esta nueva presentación, que entre las opiniones en conflicto hay un DI, pero no un DR. En esta lectura, los jueces estarían de acuerdo en que el material normativamente relevante para decidir el caso es sencillamente la *Statute of Wills*³², pero en desacuerdo sobre la adecuada interpretación de esta ley. Resultaría claro que dicha ley permitía heredar al heredero designado, es decir, que habría un acuerdo sobre el núcleo de significado de una disposición pertinente al caso, pero habría un desacuerdo sobre cómo entender la misma disposición en relación con el caso (cualificado, «más fino»³³) del heredero designado que *además* había asesinado a su causahabiente.

En efecto, se trataría de un DI en la medida en que los jueces compartieran una teoría de las fuentes del derecho y también una teoría de la interpretación, entendida al menos como cuáles son los cánones interpretativos jurídicamente admitidos en su comunidad y cuál es la ordenación jerárquica entre ellos. En un sentido importante, entonces, los DI pueden ser genéricamente entendidos como desacuerdos *en la aplicación de un canon* interpretativo determinado a una disposición en concreto. Esto será así al menos en cuanto uno quiera mantener la distinción analítica entre este tipo de desacuerdos y los desacuerdos que Ratti llama *axiológicos*, de entre los que se cuentan —como vimos— las disputas propiamente referidas a los cánones interpretativos en abstracto, a qué exige metodológicamente el empleo de un canon u otro (en qué consisten), etc.

Sobre la segunda lectura dworkineana de «Riggs vs. Palmer», Ratti sólo agrega a lo ya apuntado que no se trata de que haya un DR (como en MR1) sino que, acordando sobre cuáles son las fuentes del derecho, los jueces «tienen una opinión diferente sobre cómo interpretarlas», y cita al propio Dworkin, cuando afirma que era

³² Esto es, una ley escrita que regulaba la materia testamentaria.

³³ ALCHOURRÓN & BULYGIN, 1975: cap. 6, secc. 1.

una disputa sobre qué decía el derecho, sobre qué decía realmente la ley promulgada por el legislador³⁴.

Sin embargo, prosigue su ilustración sobre cómo la segunda lectura de Dworkin parece interesarse por los DI con otros casos judiciales mencionados y trabajados por Dworkin³⁵. Así, reconsidera el caso «TVA», también expuesto por Dworkin, en el que la *Endangered Species Act* (la ley sobre especies en vías de extinción) imponía detener la construcción de un dique, con un coste de unos cien millones de dólares, porque ponía en peligro el hábitat del *snail darter*, un pequeño pez que no tenía particular interés ni biológico ni estético. La mayoría sostuvo que la construcción del dique debía cesarse.

Respecto de este caso, no obstante, Ratti señala a la vez dos cosas diversas que, aunque no necesariamente incompatibles entre sí, representarían distintas formas de conceptualización del desacuerdo en cuestión. Por un lado, dice que las opiniones en conflicto³⁶

parecen divergir, en gran medida, sobre cuál es el significado literal del art. 7 de la *Endangered Species Act* (así como también sobre cuáles son las intenciones «objetivas» del legislador que pueden ser inferidas).

Pero por otro lado, sostiene que hay oposición entre dos diversas teorías de la interpretación: mientras que el juez cuya voz conforma la mayoría sostiene que las leyes deben ser interpretadas en sentido literal a menos que tales interpretaciones den lugar a un resultado que no se condice con las pruebas disponibles sobre la intención del legislador (y el hecho de que éste haya pretendido algo absurdo o anormal es irrelevante), el juez de la minoría defiende el canon interpretativo según el cual la absurdidad o anormalidad del resultado de la interpretación (literal) es relevante, en el sentido de que debe ser en principio rechazado, a menos que dicho resultado haya sido expresamente previsto y querido por el legislador³⁷.

Como se ve, aunque desde la primera perspectiva el caso es reconstruido como un desacuerdo, por así decirlo, «interpretativo en sentido estricto» (o incluso un

³⁴ DWORKIN, 1986: 20: *It was a dispute about what the law was, about what the real statute the legislator enacted really said* (RATTI, 2008: n. 13).

³⁵ «TVA vs. Hill», «Henningsen vs. Bloomfield Motors Inc.».

³⁶ RATTI, 2008: 311.

³⁷ RATTI, 2008: 312-313.

desacuerdo empírico [de aquí en más, DE] sobre cuáles eran las verdaderas intenciones legislativas³⁸), en función de la segunda perspectiva se trata más bien de dos concepciones diferentes sobre los cánones interpretativos (que aquí podemos llamar *literal* y *autoritativo-teleológico*) en juego y/o sobre la interacción debida entre ambos cánones. Aunque en esta segunda reconstrucción hay también, evidentemente, un DI, éste es sólo derivado (conceptualmente) de un desacuerdo de tipo DA, relativo a la teoría de la interpretación manejada. Por lo mismo, incluso podría decirse que se trata 1) de un DD, en el sentido de que se llega a interpretaciones diferentes pero igualmente admisibles (si es que los cánones utilizados son cánones «jurídicamente vigentes» sobre los que no hay iuspositivizada una relación de prelación), que supone 2) un previo DI, que a su vez está dado por 3) un anterior DA (un desacuerdo metainterpretativo).

Esto sirve para mostrar que entre los diversos tipos de (des)acuerdos distinguidos por Ratti puede trazarse una serie de relaciones de prioridades conceptuales. Él mismo explicita esto respecto de la relación entre DR y DI: todo DI presupondría un anterior acuerdo sobre las fuentes³⁹, en el sentido de que no puede discreparse (digamos, de manera «jurídicamente significativa»⁴⁰) acerca de cómo interpretar una disposición, precedente, etc., si antes no se entiende conjuntamente que esa disposición, precedente, etc., es fuente jurídica, y es asimismo relevante para el caso, o sea, una fuente en función de la cual dictar una determinada decisión autoritativa.

No obstante, parece que Ratti no ve algunas de las consecuencias que se siguen de la consideración de las relaciones conceptuales trazables entre los tipos de desacuerdo que su clasificación establece. Y se trata de consecuencias problemáticas. Veamos algo al respecto.

³⁸ Véase *infra*, n. 45.

³⁹ RATTI, 2008: 308; RATTI, 2012a: 323.

⁴⁰ Es obvio que podría darse un desacuerdo interpretativo aun cuando se discrepe sobre las fuentes si, por ejemplo, por razones de estudio o alguna extraña (y probablemente infructuosa) forma de intentar un divertimento, se *accepta* (sólo) *arguendo*, que X es una fuente que debe ser interpretada. En este tipo de contextos, sin embargo, no se llega a decisiones dotadas de autoridad y por eso no las tengo por «jurídicamente significativas».

II

EL PROBLEMA DE LOS DESACUERDOS INTERPRETATIVOS

En punto a los DI, Ratti parece algo ambivalente. Por un lado, en distintos trabajos suyos modifica en parte su presentación. Así, introduce la noción de *desacuerdos de convalidación* en primer término como un tipo de DI, pero él mismo aclara el carácter propiamente axiológico (DA) que hay en este tipo de desacuerdo⁴¹: en caso de falta de una ordenación jurídica específica, la preferencia de una teoría interpretativa sobre otras alternativas se decidirá por consideraciones axiológicas extrajurídicas.

Por el otro, las propias caracterizaciones de Ratti parecen problemáticas en un punto importante. La cuestión es la siguiente.

Como ha sido relevado más arriba, de acuerdo con Ratti los desacuerdos relativos a las exigencias de las distintas teorías de la interpretación, las pautas que deben seguirse para aplicar una determinada técnica interpretativa, y las razones por las cuales recurrir en la práctica, con prelación, a una técnica sobre otra, son todos problemas de tipo axiológico, valorativo. A falta de criterios específicamente jurídicos (digamos por ejemplo, una disposición legislativa) con los cuales preferir una técnica sobre otra, la elección se realizará de acuerdo a las preferencias del agente⁴². Incluso habiendo una disposición de ese tipo, debería interpretársela, y para ello habría que recurrir a su turno a un metacriterio interpretativo que no podrá ser determinado (en última instancia) de manera intrajurídica.

Ahora bien, considérese lo siguiente. Parece haber razones para sostener que el dominio de una técnica implica, con su ejercicio, la producción de un resultado prefigurado; justamente aquél para la obtención del cual la técnica está diseñada. Podría decirse: si uno domina una técnica, al aplicarla obtiene (al menos *cæteris paribus*) el resultado esperado, si no, mal diremos que la domina. En lo que nos ocupa, nos referimos obviamente a técnicas interpretativas⁴³. Si esto es correcto, podríamos

⁴¹ RATTI, 2008: 315. Recuérdese que el trabajo coescrito con Andrea Dolcetti es posterior (2012).

⁴² Ratti rechaza el objetivismo valorativo, de modo que toda elección de tipo axiológico configura, para él, una elección basada en preferencias personales.

⁴³ Para la noción de *técnica interpretativa* que utilizo en este argumento, véase BUNGE, 1969/1985: 375-376 y 694-700 (Bunge no se refiere a *técnica* sino a *regla* –en particular, a *regla de signos*– pero se trata

tal vez llegar a la extraña conclusión de que no hay DI en sentido estricto o autónomo, esto es, DI que no dependan de desacuerdos de un nivel conceptual antecedente.

En el argumento que sigue distinguiré entre *técnica en sentido fuerte*, para cuando el resultado esperado es uno único, y *técnica en sentido débil* para cuando el resultado esperado es potencialmente múltiple. Comencemos manejando la idea de *técnica en sentido fuerte*.

Si un desacuerdo —llamémoslo «interpretativo *prima facie*»⁴⁴— se produce cuando aparentemente se ha utilizado la misma técnica, entonces es posible dar dos explicaciones distintas, conjuntamente exhaustivas y mutuamente excluyentes, dependiendo de que se asuma que la configuración de la técnica interpretativa se deba a las preferencias, consideraciones y gustos subjetivos del agente a cargo de la interpretación, o, por el contrario, que se deba a cuestiones que trascienden a dicho agente, es decir, a cuestiones de tipo intersubjetivo. Bajo cualquiera de ambos supuestos parece haber problemas para la propuesta de Ratti.

1) Si asumimos que la configuración de la técnica no tiene un criterio de corrección ajeno al agente que la utiliza, todo desacuerdo en la utilización de una misma técnica interpretativa es un desacuerdo meramente aparente, en el sentido de que se han aplicado dos técnicas interpretativas diferentes (*e.g.*, el agente 1 ha aplicado la técnica α , constituida por los pasos A, B, C y D; y el agente 2 ha aplicado la técnica β , constituida por los pasos A, B, C y E); la posible utilización de un mismo nombre para designar a ambas técnicas (*e.g.*, «técnica de la interpretación literal») es una cuestión meramente verbal que no nos debería hacer perder de vista que ambos agentes han recurrido a técnicas diversas (aún si muy parecidas entre sí, como en nuestro ejemplo, al, por así decirlo, «compartir tres de cuatro pasos»). Por otro lado, estos desacuerdos aparentes en todo caso trasuntan un DA de fondo: divergen las preferencias y consideraciones personales de sendos agentes respecto de cómo interpretar (siguiendo con nuestro ejemplo, «literalmente») una disposición legislativa.

2) Si asumimos, en cambio, que la configuración de la técnica interpretativa tiene un criterio de corrección intersubjetivo, empíricamente rastreable en las acciones de

de una diferencia meramente terminológica). Debo un agradecimiento a Guillermo Garay Semper por presentarme esta noción y discutir sobre ella conmigo.

⁴⁴ Desacuerdo que estará configurado por la obtención de dos resultados interpretativos diversos.

un grupo de personas y que excede las meras preferencias y consideraciones subjetivas de un intérprete en particular, un desacuerdo en la aplicación de una misma técnica utilizada por dos o más agentes se deberá al error de hecho de alguno de ellos: tanto el agente 1 como el 2 creen aplicar la técnica interpretativa β , pero mientras 1 sigue los pasos A, B, C y D, 2 sigue los pasos A, B, C y E; dado que la técnica β consiste —por hipótesis— en los pasos A, B, C y E, el agente 1 está en error⁴⁵ respecto de la configuración de la técnica β .

De todos modos, parece que hay varios tipos de técnica interpretativa que pueden tener por resultado «esperado» más de una interpretación-producto posible e igualmente admisible. Se trata de lo que antes denominé *técnica en sentido débil*. Por ejemplo, la interpretación literal de acuerdo a los usos generalizados de la comunidad al tiempo de la interpretación⁴⁶ puede arrojar resultados múltiples con iguales credenciales, porque es factible⁴⁷ que en una comunidad hayan acepciones diversas de un mismo término, que estén extendidas de manera suficientemente análoga⁴⁸.

Pero es obvio que en un supuesto como este nos encontraremos frente a lo que Ratti caracterizaría como un supuesto de DD: los intérpretes (utilizando la misma

⁴⁵ Nótese que —dada la asunción de intersubjetividad— se trata de un error *de hecho*. Uno de los agentes se equivoca respecto de cuál es la conformación de hecho de la técnica interpretativa en cuestión. Por esta razón, puede decirse que en supuestos como el presente hay un *desacuerdo empírico* [DE] de fondo. Recuérdense que la noción de «desacuerdo empírico» es introducida por Ronald Dworkin en tanto que controversias sobre si los hechos que deben darse para que se satisfagan los fundamentos de derecho, han acaecido en un caso determinado (*e.g.*, si efectivamente una mayoría parlamentaria ha votado favorablemente la pretendida ley X, que por hipótesis es también, pretendidamente, relevante para resolver un caso judicial Y). Un DE supone enunciaciones de descripciones del mundo incompatibles entre sí. Ratti no se refiere explícitamente a esta clase de desacuerdos como un grupo autónomo, pero no parece haber nada en su trabajo que exija excluirlos, sino todo lo contrario. En todo caso, puede tal vez decirse que el tipo de desacuerdo (basado en un error de hecho) que se puede tener sobre la conformación de una determinada técnica interpretativa no es idéntico al que presenta Dworkin, relativo a la actualización de un «ground of law» (y téngase presente la ambigüedad dworkineana desde cuya denuncia parte el trabajo de Ratti); pero al menos es claro que *en ambos casos hay involucradas descripciones del mundo incompatibles entre sí*, esto es, una referencia empírica. Volveré sobre esto poco más abajo. Para la noción de DE en la presentación de Dworkin, véase DWORKIN, 1986: 5.

⁴⁶ Lo mismo para aquella que se realiza teniendo en cuenta los usos al momento de la promulgación de la disposición. Puede ampliarse el elenco de ejemplos.

⁴⁷ Intuitivamente, de hecho, parece algo bastante común.

⁴⁸ En realidad, para no abandonar la premisa de partida sobre en qué consiste el dominio de una técnica y cuál es la relación de una técnica con un resultado esperado, con mayor propiedad podría decirse que mientras algunas técnicas arrojan resultados simples, otras arrojan resultados compuestos. En el caso de las técnicas interpretativas, la interpretación literal no arrojaría necesariamente una acepción como resultado, sino un conjunto de acepciones, el conjunto de todas aquellas acepciones extendidas de manera suficientemente análoga a través de la comunidad relevante (resultado compuesto).

técnica interpretativa) tomaron decisiones interpretativas diversas pero igualmente admisibles.

Si todo esto es correcto, puede concluirse que tomándonos del propio instrumental teórico de Ratti resulta que no hay DI «en sentido estricto» o autónomos, sino que todo DI o bien presupone un desacuerdo conceptualmente anterior, sea DA o DE; o bien colapsa con un DD. En definitiva, entonces, parece que los DI no tienen autonomía conceptual, y la categoría se vuelve de algún modo superflua.

Y podrá notarse que los DD parecen en principio trasuntar DA. Ratti afirma esto mismo⁴⁹. No obstante, puede ser que haya DD debidos a divergencias en la apreciación de hechos relevantes al caso, supuesto en que serán derivados de un DE. Siendo así, resulta que tampoco hay casos de DD conceptualmente autónomos (esto es, que no dependen de desacuerdos de otro tipo lógicamente previo), salvo los mencionados como subtipo 3.b) en la taxonomía de Ratti⁵⁰, que, como se dijo oportunamente, son supuestos que no tienen relevancia práctica (ya que posiblemente sean epistémicamente inaccesibles; además, son desacuerdos intrasubjetivos, y no intersubjetivos, por lo que tal vez ni siquiera admitan razonablemente el rótulo de «desacuerdos»).

La conclusión, una vez más, es que las categorías rattianas de los DI y los DD no son conceptualmente autónomas en conjunto: o dependen de desacuerdos de anterior nivel (DA, DE), o colapsan entre sí.

Entiendo que esto puede tener un costo algo oneroso para la consideración global de la respuesta que Ratti ofrece al desafío sobre los desacuerdos propuesto por Dworkin. Aunque en un sentido sustancial (en cualquier caso, sin dudas el más importante) creo que la advertencia de Ratti sobre la ambigüedad de Dworkin respecto de su noción de «grounds of law» es certera y su propuesta de desambiguación y clasificación de los desacuerdos en tipos que pueden explicarse de manera diferente es potencialmente provechosa, es también verdad que en sus trabajos hay una apuesta muy fuerte, al menos expositiva, en la reconducción de los casos que preocupan a Dworkin a casos de desacuerdos no propiamente teóricos (DR),

⁴⁹ DOLCETTI & RATTI, 2012: 197.

⁵⁰ Desacuerdos entre lo que un juez interpreta en su fuero interno y lo que manifiesta –decide–interpretar.

sino interpretativos (DI). Como hemos visto, sin embargo, la clase de los DI, en los propios términos en que Ratti delinea su taxonomía, *resulta en definitiva una clase vacía* si se la pretende *autónoma*. De otro modo, aunque no vacía, resultará en un cierto sentido superflua, porque todo DI podrá ser reconducido a un desacuerdo de otro tipo conceptualmente antecedente. Esto exige, creo, una importante reelaboración de sus ideas, sin perjuicio de que pueda mantenerse el evidentemente importante núcleo de las consideraciones de Ratti sobre la cuestión: Dworkin plantea su desafío ambiguamente, implicando que los desacuerdos que toma por relevantes son todos de un mismo tipo, cuando en realidad aun dentro de esos casos pueden distinguirse tipos diversos que ameritan posiblemente tratamientos y explicaciones también diversas.

No obstante, de la propuesta de Ratti tenemos por el momento que, licuada su categoría de los DI, los desacuerdos jurídicos pueden ser distinguidos en tres clases (por cierto análogas a la distinción de Dworkin entre tipos de cuestiones que pueden ser debatidas en el marco de un proceso judicial): DE, DR y DA.

Ahora bien, creo que la calificación que hace Ratti de los desacuerdos sobre qué pautas exige el seguimiento de una determinada técnica interpretativa (o lo que es lo mismo: qué la conforma) como DA es tributaria de su escepticismo en términos de teoría de la interpretación. Como nuestro autor sostiene una teoría interpretativa escéptica⁵¹, no puede sino calificar a las diferencias sobre la conformación de una cierta técnica interpretativa como producto de *juicios de valor diversos sobre cómo debiera* realizarse la actividad interpretativa. Dicho de otro modo, de las dos formas que más arriba señalé como posibles explicaciones de lo que he denominado «desacuerdo interpretativo *prima facie*», Ratti —luego de admitir el problema aquí mostrado para su noción de DI— debería elegir para todo caso la opción 1).

Sin embargo, tal vez desde una perspectiva interpretativa más inclinada hacia un cognitismo moderado, así como hay casos claros e indiscutibles de corrección relativos a la interpretación de un término o un enunciado dados por la generalidad y extensión popular del uso, que pueden ser empíricamente verificados, hay también un criterio de corrección —dado por los mismos elementos— relativo a las exigencias de

⁵¹ No es del todo claro que Ratti suscriba una versión moderada *à la* Guastini o una más radical, pero esto no es relevante en el presente contexto.

las diferentes técnicas interpretativas disponibles (recuérdese que para el llamado «escepticismo interpretativo moderado» los términos y los enunciados no son completamente carentes de significado, sino que son ambiguos, es decir, tienen una multiplicidad de significados dependiente de las técnicas interpretativas disponibles, que sólo puede ser reconducida a un significado único por medio de una elección⁵²; esto ya presupone que hay ciertas técnicas que son utilizables por oposición a otras que resultan inadmisibles).

Si la identificación de cuáles son las técnicas interpretativas disponibles y en qué consisten no es una cuestión puramente valorativa, sino descriptiva de ciertos hechos del mundo, entonces tiene sentido ubicar los desacuerdos al respecto como desacuerdos de tipo empírico, pero lo suficientemente diferenciado del tipo de DE que parece tener en mente Dworkin⁵³. Así, podría reformularse la clasificación rattiana insistiendo en que no hay DI en sentido estricto que sean conceptualmente autónomos, pero denominando de ese modo a este subtipo de DE. Y para sofisticar esta propuesta, podría además recurrirse al trazado de una distinción como la que sigue.

Es habitual caracterizar al positivismo jurídico como la tesis según la cual la existencia y contenido del derecho es una cuestión relativa solamente al acaecimiento de ciertos hechos sociales en una comunidad. Pues bien, en varias partes de este trabajo intentaré mostrar que esta caracterización es engañosa, entre otras cosas por estar basada sobre una inadecuada asociación entre *existencia* y *contenido*. El primer paso para señalar lo engañoso de esta tesis consiste precisamente en el trazado de la distinción preanunciada en el párrafo anterior, que es justamente esta distinción entre existencia y contenido en relación con el presente contexto. Aquí, puede decirse entonces que el tipo de DE que Dworkin parece tener en mente al lanzar su desafío al positivismo jurídico es meramente relativo a la existencia de lo que él mismo llama «fundamentos de derecho»: la ley X existe (en el derecho de la comunidad), *e.g.*, si una mayoría de legisladores competentes levantó la mano para dar lugar a su sanción y promulgación. Los DE son desacuerdos acerca de si en verdad aconteció eso (hecho o conjunto de hechos) de ese modo.

⁵² GUASTINI, 2011/2012: 50 ss. (esp. 53).

⁵³ Véase *supra*, n. 45.

Los DI, en cambio, son (indirectamente) desacuerdos sobre contenido. Siguiendo el ejemplo de recién, en esta recharacterización que ofrezco serían desacuerdos sobre la manera en que interpretar el contenido de la ley sancionada por ese acto de los legisladores, es decir, sobre cuáles son las técnicas interpretativas admisibles y cómo configurarlas, asumiendo que hay un criterio intersubjetivo de corrección al respecto. En esta presentación, tanto DE como DI son de algún modo de carácter empírico, por lo que para evitar confusiones podríamos renombrarlos, respectivamente, como *desacuerdos de existencia normativa* y *desacuerdos metainterpretativos*.

Esta es una manera de darle un sentido a la noción de DI que tiene el indudable valor de hacerse cargo de la terminología que parecen manejar los juristas, quienes, en cambio, pocas veces se muestran inclinados a admitir que sus discrepancias en cuestiones de (meta)interpretación se deban a meras divergencias entre juicios de valor subjetivos no susceptibles de ser dirimidos de manera objetiva (DA en los términos rattianos). Por otro lado, permite indicar que en los casos en que se dan desacuerdos de este tipo posiblemente habría al menos una de las partes que simplemente en error (de hecho). No obstante, es evidente que esta forma alternativa de dotar a dicha noción de sentido tiene también un alto costo para nuestro autor, porque presupone una teoría no escéptica de la metainterpretación.

De todas maneras, esta presentación, en la línea de la propuesta de Ratti, de dos tipos de desacuerdos empíricamente basados, es meramente provisional. En el capítulo IV será reemplazada por otra clasificación más plausible. Para arribar esa otra versión requeriremos continuar con nuestro recorrido analítico para sumar otros elementos teóricos que resultarán necesarios al efecto⁵⁴.

Mientras tanto, en la siguiente sección se procurará seguir con el examen crítico de la propuesta de Ratti, mostrando el colapso de la categoría de los DI con los DR en razón de un sentido en el que los DR presuponen conceptualmente DI.

⁵⁴ Con lo que se verá en el apéndice a este capítulo y el capítulo III.

III

LA IDENTIFICACIÓN DE LAS FUENTES DEL DERECHO

Como hemos visto, Ratti afirma que pueden distinguirse los desacuerdos acerca de las fuentes, de los desacuerdos acerca de la interpretación de las fuentes (respectivamente, DR y DI). Diego Papayannis y Lorena Ramírez han criticado ampliamente la concepción de Ratti sobre los desacuerdos⁵⁵. En sustancia, los argumentos de Papayannis y Ramírez apuntan a que la identificación de costumbres jurídicas, precedentes judiciales, principios morales que se tengan por jurídicamente vinculantes y normas derivadas supone (diversas formas de) interpretación, tal como muestra la propia locución mencionada en último término —*normas derivadas*—. En esos casos uno identifica normas, no formulaciones normativas que luego han de ser interpretadas para extraer normas a partir de ellas⁵⁶. Si, por ejemplo, una parte en un pleito judicial invoca una cierta costumbre jurídica para apoyar su posición, invoca con ello una norma, porque el hacerlo presupone de por sí haber interpretado los hechos consuetudinarios relevantes para extraer de ellos una pauta normativa (ya la sola circunscripción de ciertos hechos sociales como «relevantes» supone una forma de interpretación⁵⁷). Varias de las críticas de Papayannis y Ramírez me merecen reparos, pero no me ocuparé aquí de dichos reparos ni ofreceré una reconstrucción general de su posición. En cambio, me centraré sólo en un aspecto concreto que aparece en sus observaciones.

En este punto se hace necesario distinguir entre dos nociones de fuente del derecho: fuentes (en sentido) *type* y fuentes (en sentido) *token*. Según una definición del propio Ratti, las fuentes *type* son la clase de las formulaciones normativas que pueden ser utilizadas por los órganos judiciales para motivar sus decisiones. Las fuentes *token* son, en cambio, instancias de dicha clase, *i.e.*, formulaciones normativas particulares⁵⁸.

⁵⁵ PAPANANNIS & RAMÍREZ LUDEÑA, 2012a, a la que Ratti ha respondido en RATTI, 2012b. En PAPANANNIS & RAMÍREZ LUDEÑA, 2012b se encuentra, básicamente, una versión abreviada del mismo trabajo.

⁵⁶ PAPANANNIS & RAMÍREZ LUDEÑA, 2012a: 268-269.

⁵⁷ GUASTINI, 2011/2014: 23-29.

⁵⁸ RATTI, 2012b: 297. La definición de fuente *type* apuntada es distinta de la referida *supra*, secc. I.1. Enseguida se volverá sobre esta doble caracterización ofrecida por Ratti. Papayannis y Ramírez trazan una distinción entre sentidos de «fuente» en términos de *fuentes-proceso* y *fuentes-producto*, pero

En su respuesta a Papayannis y Ramírez, Ratti especifica que su punto de discusión se centra en la posibilidad de los desacuerdos teóricos en relación con la identificación de las fuentes *type*. Y parece conceder que respecto de las fuentes *token* puede existir algún tipo de DI, esto es, que en la identificación de las fuentes *token* puede haber algún tipo de discrepancia en la atribución de significado⁵⁹. Sin embargo, esto no ocurriría en la identificación de las fuentes *type*: los desacuerdos acerca de qué cuenta como fuente *type* no involucrarían afirmaciones contradictorias en materia interpretativa. Esto sería así porque la identificación de las fuentes *type* puede ser hecha sin que haya ninguna atribución de significado de por medio. Ratti parece sugerir que la identificación de las fuentes *type* puede hacerse, por decirlo de algún modo, sólo pragmáticamente, esto es, fijándonos en cuál es la práctica identificativa en la comunidad jurídica de referencia⁶⁰. En última instancia, esto también es decir que no hace falta saber qué contenido tienen los términos «ley», «Constitución» o «precedente judicial».

Si ello fuera así, entonces la distinción entre DR y DI sería una distinción neta y tajante, tal como pretende Ratti.

Sin embargo creo que la distinción no es del todo tajante. Si se quiere, podría decirse que en realidad la diferencia entre un tipo y otro de desacuerdo no es estrictamente conceptual (lógica), sino en algún sentido «cronológica»⁶¹.

Las fuentes *type* responden a la pregunta «¿qué cuenta como fuente?» y las fuentes *token* responden a la pregunta «¿qué formulaciones normativas particulares son casos de esas fuentes *type*?». Por consiguiente, nos podemos preguntar si la Constitución cuenta como fuente *type* y si la Constitución italiana es un *token*, una instancia, de esa fuente *type*. Y también nos podemos preguntar si el suplemento de

obviamente sus caracterizaciones son distintas a las de Ratti, dados los problemas que hay en las definiciones proporcionadas por este último. PAPAYANNIS & RAMÍREZ LUDEÑA, 2012a: 269. Volveré sobre esta otra distinción *infra*, secc. IV.

⁵⁹ RATTI, 2012b: 299. El ejemplo concreto que Ratti discute con Papayannis y Ramírez es si las normas derivadas constituyen una fuente de derecho o no. Ratti afirma que en el nivel *token*, la identificación de las normas derivadas exige dotarlas de contenido, es decir, debe lidiarse con las nociones de consecuencia lógica y su aplicación. Por lo demás, no por nada se trata aquí, propiamente, de normas derivadas (y no de meras formulaciones).

⁶⁰ RATTI, 2012b: 324-325. En este punto, Ratti parece cercano a Dworkin respecto de lo que éste último llama la *fase de la pre-interpretación* del derecho. Véase DWORKIN, 1986: 65-68.

⁶¹ «DR» y «DI» en los términos del propio Ratti. Para evitar confusiones, estoy utilizando aquí su propia caracterización, mas sin perjuicio de la crítica a ésta en la anterior sección.

economía del periódico es una fuente *type*; y si el suplemento de economía del periódico *Daily Bugle* del domingo 6 de julio de 2014 es una instancia de esa formulación normativa.

Ratti parece sugerir que mientras que determinar si la Constitución italiana es una fuente *token* puede implicar alguna atribución de significado al enunciado normativo (en propiedad un conjunto de enunciados normativos, a saber, el texto constitucional), la identificación de la Constitución como fuente *type* puede ser hecha sin interpretar, aludiendo simplemente a la práctica social de identificación de fuentes *type* que tiene lugar en el seno de una comunidad jurídica. Para saber que el suplemento de economía del periódico no es una fuente de derecho no nos hace falta saber en qué consiste el suplemento, basta con ver que los miembros de una determinada comunidad jurídica no lo consideran como fuente válida, no extraen de él formulaciones que toman por jurídicamente vinculantes. Del mismo modo, nos basta con ver que los miembros de una determinada comunidad jurídica consideran que la Constitución sí es, por su parte, una fuente de derecho válida, para tenerla por tal. La identificación de las fuentes *type* sería, podríamos decir, una cuestión meramente pragmática, independiente de consideraciones semánticas⁶².

Si esto es así, entonces —según Ratti— es posible distinguir entre DR, acerca de la identificación de las fuentes *type*, y DI, que tienen como objeto el contenido de significado de las fuentes (cabe recordar de nuevo que, en su respuesta a Papayannis y Ramírez, nuestro autor parece conceder que en la identificación de las fuentes *token* puede haber algún tipo de divergencia interpretativa). La distinción entre los dos tipos de desacuerdos resulta así, a ojos de Ratti, de tipo conceptual.

Sin embargo, y con arreglo a la propia definición que da Ratti de fuentes *type*, parece que tal distinción no puede ser sostenida en sentido estricto. En realidad, Ratti define fuentes *type* de dos maneras muy distintas: 1) «cualquier formulación normativa (es decir, cualquier enunciado reducible, sin pérdida de significado, a un enunciado deóntico) que puede ser utilizada por los órganos judiciales para motivar su decisión», y 2) «la clase de formulaciones normativas que pueden ser utilizadas por los

⁶² RATTI, 2012b: 298-300.

órganos judiciales para motivar su decisión»⁶³. Pero es de central importancia notar que bajo la primera noción, que es la que ya apuntáramos al reconstruir su propuesta (y es por ende anterior a la crítica de Papayannis y Ramírez), no parece haber manera de distinguir realmente entre fuente *type* y fuente *token*, justamente porque la idea de fuente en sentido *type* es la de una *clase* de enunciados, y no de enunciados particulares. Aún así, la segunda definición termina no desempeñándose mucho mejor, según intentaré mostrar.

El presente argumento consiste entonces en una ampliación de la crítica de Papayannis y Ramírez y busca explicitar por qué Ratti está forzado a conceder la falencia en sus nociones de «fuente», que entonces parecen quedar confinadas (en tanto que relativas a fuentes en sentido *type*) solamente a la fuente legal, esto es, a la fuente del derecho que constituye la letra de la ley (entendida en el sentido muy amplio de todo documento normativo escrito, lo que incluye a la Constitución, decretos, resoluciones ministeriales, etc.). Como asimismo se verá, ello con una importante salvedad.

El argumento se desarrolla sobre la base de dos puntos que están entrelazados: por un lado, entiendo que reducir un enunciado a un enunciado deóntico implica atribuirle parte de su contenido de significado (*i.e.*, un contenido deóntico, precisamente: permisión, prohibición, obligación). Si esto es así, identificar fuentes puede involucrar DI en el sentido de que una parte puede decir que tal enunciado no es reducible a un enunciado deóntico y la otra sostener en cambio que sí lo es. En este supuesto, las partes estarán teniendo un desacuerdo acerca de parte del contenido de significado del enunciado entendido como fuente. Sólo interpretándolo — atribuyéndole o no el carácter de enunciado deóntico— podemos saber si el enunciado es una fuente⁶⁴. Esto con respecto a la primera definición de Ratti.

⁶³ Ambas formulaciones se encuentran en RATTI, 2012b: 297. Por otro lado —como he mencionado más arriba—, en una nota a pie de página Ratti señala que su noción de fuente jurídica se inspira en la de Ross, 1958/1963: 75: *Por «fuentes del derecho», pues, ha de entenderse el conjunto de factores o elementos que ejercen influencia en la formulación, por parte del juez, de las reglas en que éste basa su decisión.*

⁶⁴ Es cierto que en la definición aportada por Ratti se dice que se trata de «cualquier formulación normativa que *puede ser...*», y que en este sentido se está sugiriendo que basta con que se trate de un enunciado *susceptible* de ser reducido a enunciado deóntico para que sea considerada una fuente. Expuesto de esta manera, parece que se está implicando la idea de que no es necesario interpretar la fuente, ya que, en todo caso, lo que constituiría una operación interpretativa es precisamente reducir o no reducir el enunciado en cuestión a un enunciado deóntico, pero decir que es *susceptible* no

Por otro lado, cabe notar que el término «motivar» puede ser objeto de diferentes lecturas. «Motivar» una decisión judicial puede querer decir simplemente hacer referencia, o mencionar, un texto normativo a través del que se regula el caso; pero «motivar» también puede querer decir aplicar una norma, extraída de un texto normativo, a un caso concreto; es decir, inferir la decisión judicial a partir de la norma. La fuente puede pues *motivar* sólo en el primer sentido, puesto que en el segundo sentido se exige que se trate ya no de una formulación normativa, sino de una norma, entendida como el producto de la interpretación de una formulación normativa. En este sentido, identificar fuentes no exigiría interpretación, ya que *motivar* en el primer sentido es tarea independiente del contenido de significado de la fuente. Sólo en un momento posterior, correspondiente con el segundo sentido de «motivar», entraría en juego la interpretación.

Sin embargo, esto se presenta como problemático. En primer lugar, nótese que la capacidad de motivar decisiones se predica de formulaciones normativas particulares, es decir, de fuentes en sentido *token*. Por supuesto que tiene sentido hablar de la clase de dichas formulaciones normativas (el sentido *type*), pero la idea de de esa clase implica la posibilidad de discernir la capacidad de motivar decisiones de los miembros que la componen y pueden componerla. En segundo lugar, como la otra cara de la misma moneda, la relación entre una formulación normativa y una norma hace que identificar la formulación normativa también exija asumir alguna tesis acerca de su contenido de significado y que, en este sentido, la identificación de la fuente requiera de una operación interpretativa. Veamos por qué.

Hay, a grandes rasgos, dos concepciones acerca de la extracción de normas a partir de formulaciones normativas⁶⁵. O bien se trata de una operación cognitiva o bien de una operación volitiva. En el primer caso, se considera que la formulación normativa tiene un significado objetivo y extraer una norma quiere decir derivarla

constituiría un ejercicio interpretativo. Sin embargo, afirmar que un enunciado es «*susceptible de ser reducido a*» supone atribuir o describir (según la teoría de la interpretación que se asuma) parte de su contenido de significado. Decir de algo que es susceptible de X es afirmar algo acerca de su contenido. No se ve por qué razón predicar que un enunciado *puede ser reducido* no es determinar parte del contenido de significado de éste: aquella parte consistente en afirmar que tal enunciado tiene, por decirlo de algún modo, la propiedad disposicional de ser reducido a un enunciado deóntico (que luego resulte o no finalmente reducido es *también* un ejercicio interpretativo, pero esto no excluye lo anterior).

⁶⁵ Véase, por ejemplo, GUASTINI, 1999: 13 ss.

lógico-deductivamente a partir de ese significado objetivo. En tal caso, si hay una norma que se sigue lógico-deductivamente de una formulación normativa, entonces, por transitividad, el segundo sentido de «motivar» colapsa con el primero, ya que si la decisión judicial se sigue de la aplicación de la norma y la norma se sigue de la formulación normativa, entonces la decisión judicial también se sigue de la formulación normativa. En otras palabras: la decisión, y la posibilidad de justificarla, forman parte del contenido de la formulación normativa. En tal caso, identificar una fuente consiste en interpretarla en el sentido de que consiste en descubrir si su contenido permite al juez justificar su decisión.

Pero esta es una concepción muy formalista a la que Ratti obviamente no adhiere. Tal vez querría entonces decir que extraer normas de formulaciones normativas es una operación paralógica y ello tendría como consecuencia que no existiría necesariamente la cadena inferencial entre la formulación normativa y la decisión judicial mencionada anteriormente. ¿Significaría ello que entonces la identificación de la fuente no implica ningún tipo de consideración interpretativa? No lo parece. Y para mostrarlo, hay que volver a la cuestión dirimida más arriba. La afirmación de que un enunciado puede ser reducido a un enunciado deóntico puede resultar de una decisión, basada en las preferencias emotivas de un agente —el intérprete— o ser hecha quizás en referencia a algún tipo de argumento coherentista o narrativista, pero en todo caso la afirmación de que es posible la reducción del enunciado es una operación paralógica. Sin embargo, esto no significa que al decir que un enunciado es susceptible de ser reducido a un enunciado deóntico no estemos atribuyendo parte del contenido de significado de él, cual es, precisamente, el de ser susceptible de albergar algún carácter deóntico. También en este caso, entonces, identificar una fuente consiste en atribuir, acaso a modo de «decisión política»— si así se le quiere llamar— parte del contenido de significado a una formulación normativa.

Tal vez la primera manera de identificar formulaciones normativas se podría hacer corresponder con una teoría cognitivista de la interpretación, mientras que la segunda manera se podría hacer corresponder con una teoría escéptica de la interpretación. Esto me parece muy dudoso, pero de cualquier manera resulta irrelevante para el punto aquí, ya que en ambos casos la identificación de una fuente presupone o bien descubrir parte de su contenido de significado (ser la premisa

normativa que, al final de la cadena, justifica la decisión judicial) o bien atribuir parte del contenido de significado (decidir que un enunciado puede ser reducido a un enunciado deóntico, por ejemplo) de una formulación normativa.

Si ello es así los desacuerdos acerca de la identificación de las fuentes parecen poder implicar también desacuerdos acerca de al menos parte del contenido de significado de las formulaciones normativas: los DR implican DI, al menos parciales. Por esto mismo, es falso que, como sostiene Ratti, todo DI presuponga un previo acuerdo sobre las fuentes⁶⁶, pues hay casos en que un DI está intrínsecamente vinculado con un DR.

Esto parece bastante claro si nos referimos a la *lato sensu*-ley en sentido concreto, *i.e.*, una cierta ley, un cierto conjunto de enunciados legales (ley como fuente *token*). Pero se aplica también a la ley en sentido genérico (ley como fuente *type*). Para verlo imaginémosnos un desacuerdo acerca de las fuentes entre dos individuos. El primero sostiene que la Constitución es una fuente *type* y el segundo sostiene que no lo es. Dicho con otras palabras: tienen una discrepancia acerca de qué cuenta como fuente de derecho, y, más específicamente, si la Constitución, *en abstracto* (esto es, con independencia de los enunciados particulares que compongan una Constitución en particular), cuenta como fuente de derecho. La razón por la que están en desacuerdo es que mientras el primero considera que la Constitución puede motivar —en cualquiera de los dos sentidos que hemos visto⁶⁷— decisiones judiciales, el segundo piensa que la Constitución no puede hacerlo. Este es un ejemplo imaginario, pero no irreal. Hay gente para la que la Constitución no puede motivar determinadas decisiones judiciales en materias como el aborto o la eutanasia porque considera que éstas sólo pueden estar motivadas sobre la base de una clase de formulaciones normativas —*e.g.*, algún tipo de texto sagrado— diferente. Se trata de un desacuerdo acerca de qué cuenta como fuente de derecho (a efectos del estatus jurídico del aborto o la eutanasia), esto es, de una divergencia acerca de qué es una fuente *type*. Y sin embargo parece que para desentrañar si se trata de una fuente *type*

⁶⁶ RATTI, 2008: 308.

⁶⁷ De ahora en adelante, y a no ser que se afirme lo contrario, cada vez que se hable de «motivar una decisión» habrá que entender que se trata de cualquiera de los dos sentidos delineados más arriba. Y se tratará de cualquiera de los dos sentidos porque en ambos casos, como hemos visto, la identificación de las fuentes presupone o bien el descubrimiento o bien la atribución de parte del contenido de significado.

es necesario determinar, en primera instancia, si puede o no motivar decisiones judiciales. Es decir, parece necesario descubrir o decidir al menos parte del contenido de significado de «Constitución». Siendo esto así, la distinción DR y DI, propuesta por Ratti, queda en entredicho.

Acaso pueda pensarse que hay al menos un modo en que rescatar esta distinción y que puede ser útil para el debate sobre los desacuerdos en el derecho. Pero este «rescate», como veremos, asume la corrección del argumento presentado antes. La estrategia de rescate consiste, como se ha anunciado anteriormente, en afirmar que la distinción entre los dos tipos de desacuerdo propuestos por Ratti se mueve en momentos cronológicamente distintos pero en un mismo nivel conceptual (siendo esto último lo que precisamente se ha tratado de mostrar más arriba). La identificación pragmática de las fuentes *type* puede hacerse, pero sólo en un momento cronológico en que existe una práctica (de identificación de las fuentes *type*) consolidada y bien difundida en el seno de una comunidad jurídica.

Para mostrar de qué manera funcionaría esta distinción vamos a recuperar el ejemplo de desacuerdo interpretativo anterior. Dos individuos desacuerdan acerca de si la Constitución cuenta como fuente del derecho, *i.e.*, si la Constitución es una fuente *type*. Hay una manera en que esto puede ser determinado pragmáticamente: haciendo referencia a una práctica. Si la generalidad de los miembros de una comunidad jurídica toma a la Constitución como fuente de derecho, entonces la Constitución es una fuente de derecho. Si, en cambio, la práctica de los miembros de la comunidad jurídica no incluye a la Constitución entre las fuentes de derecho, entonces no lo es⁶⁸. Pero entonces —vemos nuevamente— el criterio definicional de fuente *type* aportado inicialmente por Ratti parece tener que ser modificado: el criterio ya no consiste en (criterio semántico⁶⁹) «la clase de formulaciones normativas que pueden ser utilizadas

⁶⁸ Y aún así, este punto será cualificado de manera muy importante en el desarrollo posterior de este trabajo de tesis, comenzando en el siguiente capítulo: esto puede afirmarse legítimamente desde el punto de vista externo, teórico, pero en cambio no alcanza a captar todo lo que está en juego en el desacuerdo entre los individuos en tanto que participantes, que operan bajo el punto de vista interno. Valga ahora a los efectos de la presente argumentación.

⁶⁹ Quizás «criterio semántico» no sea la expresión más adecuada, pero lo utilizo por entender que bajo este criterio identificar las fuentes quiere decir atribuirles o descubrir en ellas al menos parte de su contenido de significado. Lo denomino *semántico* porque tanto descubrir como atribuir parte del contenido de significado (consistente en la propiedad de motivar decisiones judiciales) son ejercicios interpretativos; en este contexto, en el caso del «descubrimiento» se trata de un ejercicio interpretativo cognitivo, mientras que en el caso de «atribución» se trata de un ejercicio interpretativo volitivo.

por los órganos judiciales para motivar su decisión»⁷⁰, sino en algo así como (criterio pragmático) «la clase de formulaciones normativas que los órganos jurisdiccionales, y el resto de miembros de una comunidad jurídica, toman como fuente de derecho». Éste es un paso necesario para mostrar que la identificación de las fuentes *type* descansa en un criterio cuyo carácter es meramente pragmático.

Podría pensarse, entonces, que esto es todo lo que Ratti necesita para refutar el argumento presentado recién. Sin embargo no es así. O, mejor dicho, no es así en tanto y en cuanto lo que se quiere decir es que la distinción entre los dos tipos de desacuerdos es conceptual, lógica. El criterio cuyo carácter es pragmático puede ser aplicado una vez existe una práctica tan consolidada y difundida que ya nadie se pregunta acerca de parte del contenido (la propiedad de que permite motivar decisiones) de la Constitución. Pero cuando se dice «los órganos jurisdiccionales, y el resto de miembros de la comunidad jurídica» se está diciendo que, en algún momento, que por nombrarlo de algún modo podemos llamar *fundacional*, esos órganos jurisdiccionales y demás miembros de la comunidad jurídica consideraron que la Constitución podía motivar decisiones judiciales. Dicho de otra manera, el criterio pragmático presupone el criterio semántico. Este último entra en juego cuando menos en el momento fundacional de la práctica, mientras que el primero sólo puede tener lugar —si es que realmente puede— en un contexto en el que la práctica está tan extendida que nos basta con observarla para entender —acaso tentativamente— de qué manera funciona; está tan extendida que no necesitamos indagar sobre por qué eso cuenta como fuente *type*.

No estoy intentando afirmar nada acerca de las razones o motivos por los cuales una determinada práctica nace, se extiende y se consolida. Sólo aludo a que una práctica consolidada de identificación de una cierta entidad⁷¹ como fuente *type* presupone conceptualmente un momento fundacional en que a esa entidad se la dota (sus participantes las dotan) de la propiedad de ser susceptible de motivar decisiones.

La idea puede ser esquematizada de la siguiente manera:

T1 (o momento *fundacional* de la práctica): opera el criterio semántico.

⁷⁰ Nótese que aquí estoy utilizando la definición no problemática de fuente *type* de las que Ratti ofrece.

⁷¹ En el presente contexto resulta irrelevante el estatus metafísico que haya de tener.

T2 (o momento *consolidado* de la práctica): opera el criterio pragmático (que presupone conceptualmente que al menos una vez se aplicó el criterio semántico).

Cabe añadir que, en realidad, en el momento T2 conviven tanto el criterio pragmático como el criterio semántico. Si no fuera así, no se podría explicar por qué, en el seno de una práctica, a veces hay determinadas formulaciones normativas que dejan de ser consideradas como pertenecientes a fuentes *type* (*i.e.*, miembros de la clase) y por qué otras formulaciones normativas pasan a ser consideradas parte de fuentes *type*. Se trata, sencillamente, de la idea del carácter *dinámico* de las prácticas sociales.

Una vez que la práctica está consolidada, no hace falta interpretarla —no hace falta atribuirle o descubrirle un significado o sentido— para identificar, desde un punto de vista externo, teórico, las fuentes que tiene⁷². Y en particular no hará falta indagar sobre el sentido de lo que se considere en la comunidad como una fuente *type* (*e.g.*, el concepto de LEY o de CONSTITUCIÓN). Acaso de igual modo una discrepancia, entre participantes, relativa a la identificación de fuentes *type* del derecho, siempre y cuando se dé en el seno de una práctica jurídica consolidada, no necesariamente conllevará alguna discrepancia interpretativa. Pero nótese que se trata de un bicondicional: si la práctica está consolidada, entonces la identificación de una fuente puede ser meramente pragmática (y viceversa); pero en un momento fundacional, la identificación de la fuente implicó atribuirle a (o descubrir en) ella un cierto significado, relevante para la configuración de la práctica misma como tal.

⁷² Es cierto que muchas veces, en la literatura de referencia, cuando se dice que «no es necesario interpretar» lo que se está queriendo decir es que la formulación normativa (o la práctica) tiene ya un significado. Esto es, se rechaza una teoría escéptica de la interpretación. Es en este sentido en el que, por ejemplo, cabe entender la tesis de Pablo Navarro según la cual la interpretación no es inevitable (NAVARRO, 2005). Sin embargo, el punto aquí es algo distinto: en el momento fundacional, la identificación de la fuente requiere algún tipo de consideración acerca de parte del contenido de significado de la fuente. En realidad, la identificación fundacional de una fuente equivale a su constitución como tal. Quienes, como Navarro, afirman que la interpretación de las formulaciones normativas —o por lo menos respecto de algunas formulaciones normativas— no es inevitable, están rechazando que la interpretación sea un acto volitivo, y no estarían rechazando que las formulaciones normativas tienen un contenido de significado susceptible de ser descubierto (más bien lo contrario). Pero, sobre todo, no se están refiriendo al momento fundacional de la constitución de una fuente en tanto tal. Por lo que la *no inevitabilidad de la interpretación à la Navarro* es consistente con esta presente *inevitabilidad de la interpretación*, ya que se trata de dos maneras distintas de entender la expresión. Por lo demás, mientras Navarro se refiere a la identificación de normas, aquí nos estamos refiriendo a la identificación de fuentes (en el sentido de Ratti).

A modo de resumen de lo hasta ahora dicho en esta sección: la distinción propuesta por Ratti entre DR y DI no es una neta distinción conceptual, ya que los desacuerdos acerca de las fuentes presuponen algún tipo de desacuerdo interpretativo, en el sentido de una discrepancia acerca de al menos parte del contenido de significado de una formulación normativa —aquella que concierne a la posibilidad de motivar decisiones jurídicas o no—. Sin embargo, la distinción puede ser conservada si se circunscribe a un cierto ámbito: las fuentes *type* pueden ser identificadas de forma puramente pragmática cuando existe una práctica de identificación de las fuentes consolidada y muy difundida.

Ahora bien, podríamos preguntarnos si en realidad no es imposible que desde el punto de vista de los participantes del derecho se realice una identificación puramente pragmática de las fuentes, siquiera en un momento consolidado de la práctica. Es decir, tal vez en una práctica consolidada siga siendo necesaria la interpretación para cada identificación de las fuentes.

El sentido de los conceptos con los que designamos a las fuentes *type* (e.g., la ley o la jurisprudencia), presenta, como no podía ser de otro modo, problemas de indeterminación. Tienen una periferia nebulosa que puede dar lugar a controversias, como por lo demás sucede con toda formulación normativa (fuente *token*), por ejemplo⁷³. Y es precisamente en esa parte periférica donde es necesario interpretar para realizar la identificación. Sin embargo, el núcleo central de las formulaciones normativas, y el del significado de los conceptos con que designamos a las fuentes *type*, que no suelen ser objeto de controversia, pueden ser identificados pragmáticamente. Dicho brevemente: el núcleo central de una formulación normativa, indiscutido en una práctica consolidada, es identificable observando esa práctica; la periferia de esa misma formulación normativa suele requerir un ejercicio interpretativo para saber qué cuenta como parte de esa formulación normativa y qué no cuenta como parte de ella. Y lo mismo sucede con los conceptos con que designamos las fuentes *type* de la praxis jurídica⁷⁴.

⁷³ Las ideas desarrolladas a continuación tienen su origen en algunos de los argumentos ofrecidos por Hart en HART, 1961/1963: cap. 7.

⁷⁴ Como resultará claro, estoy aquí refiriéndome al ineludible fenómeno de la vaguedad conceptual. Aunque afirmo la necesidad de interpretar allí donde los significados se vuelven nebulosos y potencialmente controversiales (en lo que de manera difundida se ha dado en llamar «zona de

La identificación de una clase de formulaciones normativas como fuente *type* tal vez puede ser realizada pragmáticamente en relación con sus núcleos centrales. Las leyes emanadas del Parlamento parecen ser habitualmente fuente *type* en el seno de una práctica jurídica desarrollada y consolidada, *i.e.*, los jueces consideran a las leyes emanadas del Parlamento como fuentes de derecho. Esto no es incompatible, por caso, con que surjan dudas acerca de si el preámbulo de las leyes tiene fuerza de ley, esto es, si también el preámbulo de las leyes es fuente de derecho. Ésta será una cuestión periférica y, como tal, será necesario atribuir o dejar de atribuir determinadas propiedades —si puede o no motivar decisiones judiciales— relativas al preámbulo, para determinar si es una fuente *type*. Pero parece central al núcleo de significado del concepto de LEY PARLAMENTARIA que las leyes emanadas del Parlamento cuentan como fuente de derecho. Y es posible discernir esto, en un sentido⁷⁵, observando la práctica de los órganos de interpretación y aplicación del derecho.

IV

FUENTE DEL DERECHO Y FUENTES DEL DERECHO

Creo que la sección precedente muestra que aunque es indudable que Ratti ofrece el gran aporte de poner de manifiesto la ambigüedad del planteo dworkineano, en última instancia, su propia propuesta termina por adolecer de un mismo tipo de inconveniente.

Toda la reconstrucción anterior de su trabajo, referida a la posibilidad de identificar las fuentes *type* de manera puramente pragmática (*i.e.*, sin mediar actividad interpretativa), se realizó a partir de la distinción entre fuentes *type* y *token* y teniendo

penumbra»), no creo que en este contexto haga falta comprometerse con una concepción específica de la vaguedad, sea *semántica* —según la cual la intensión de los conceptos está siempre indeterminada, en el sentido de que no es ni verdadero ni falso que una cierta propiedad cuente como parte de la intensión de un cierto concepto— o en cambio *epistémica* —según la cual las intensiones conceptuales están finitamente determinadas, pero nuestro propio desconocimiento de sus límites y fijaciones es lo que explica las dudas y controversias que a su respecto tenemos—. Para un estudio detallado y ya clásico al respecto (que a su vez representa la defensa más conocida de la noción epistémica) véase WILLIAMSON, 2001. En KEEFE, 2000 puede por su parte encontrarse un estudio de estas concepciones (macro) tradicionales junto con el de otras alternativas, a la vez de una defensa de un enfoque *supervaluacionista*, que es de algún modo intermedio entre las dos concepciones estándar. En SOSA, 1997: 143 puede en cambio encontrarse una caracterización breve y sencilla de las tradicionales.

⁷⁵ Atención a *supra*, n. 68.

en cuenta el reparo puesto por Ratti de que el alcance de su tesis sobre la identificación pragmática se reduce a la fuentes *type*, de acuerdo, asimismo, a las propias definiciones dadas por el autor italiano. Pues bien, creo que ya he mostrado en dicho análisis que en definitiva Ratti es incapaz de hacer justicia a la distinción, que dice secundar, entre ambos tipos de fuente. Porque a pesar de todo su presentación oscila continuamente entre los dos tipos de fuente⁷⁶.

Para abundar todavía otra vez en esto, diré algo más sobre un punto ya mencionado al pasar: la discusión entre Ratti y Papayannis y Ramírez respecto de las normas derivadas. En un principio, Ratti parecía sostener que las «normas derivadas», entendidas como consecuencias lógicas, implícitas, de normas expresamente formuladas, entran en lo que él consideraría fuente del derecho (*formulación normativa*, por oposición a *norma* —fuente ya interpretada—). La cuestión es que, como se ha sugerido más arriba, si se trata de *normas* derivadas, es porque ya ha mediado interpretación.

Alternativamente, Ratti podría intentar responder que en propiedad quiere referirse a formulaciones derivadas lógicamente de otras formulaciones (expresas). Esto viene de la mano de su afirmación de que a la par de una lógica *semántica* es perfectamente legítimo el recurso a una lógica *sintáctica*; incluso —según Ratti— la derivación de tipo puramente sintáctico que él parece abonar estaría en una posición más ventajosa que su alternativa, en términos de discusión metodológica (metalógica), al no sufrir ciertos problemas que sí aquejarían a la derivación semántica⁷⁷.

No obstante, como intenté mostrar antes —en un punto que también observan Papayannis y Ramírez— la derivación de un cierto enunciado deóntico a partir de otro implica la identificación del contenido deóntico en el enunciado original, lo cual parece sólo poder ser hecho mediante una interpretación. Ratti termina concediendo esto en

⁷⁶ Según creo ahora, en la presentación anterior de estas ideas en el trabajo junto a Pau Luque, nosotros detectamos acertadamente esta problemática ambigüedad en el trabajo de Ratti, pero caímos inadvertidamente en ella precisamente al tratar de combatirla. Véase LUQUE SÁNCHEZ & RAPETTI, 2014: seccs. 4 y 5. Debo a largas discusiones con Diego Papayannis el haber llegado a notarlo, aunque no sé si él (y Pau Luque) estará(n) del todo de acuerdo con la manera en que he reformulado las ideas centrales que aquí aparecieron en la precedente sección III y con la extensión de los argumentos que pretendo ofrecer en esta sección IV.

⁷⁷ RATTI, 2012b: 298-299. Creo innecesario aquí referirse a dichos problemas.

su réplica a Papayannis y Ramírez, y parece sugerir, de manera original⁷⁸, que una hipotética discusión sobre si las reglas de inferencia (y eventualmente cuáles) configuran fuentes del derecho⁷⁹ podría constituir un caso de DR genuino. Si aceptáramos que un caso ejemplificativo de DR es aquel en el que se desacuerda sobre si las reglas de inferencia lógica son fuente del derecho⁸⁰, y que un desacuerdo sobre lo que se sigue (en términos de enunciación deóntica) de un cierto enunciado es un caso en el que se dirime una fuente *token*, y por ende —en los términos rattianos⁸¹— de DI, parecemos forzados, por una nueva razón, a caer en cuenta de que la definición de fuente *type* aportada por Ratti no se hace cargo de la variedad de nociones de *f fuente del derecho* que él mismo maneja.

Porque, ¿cómo presentar una discusión sobre si ciertas reglas de inferencia lógica son o no fuente del derecho como una discusión sobre si dichas reglas de inferencia son *un enunciado* susceptible de ser reducido a un enunciado deóntico que puede servir para la justificación de decisiones judiciales (*i.e.*, una formulación normativa)? Dicho de otro modo: Ratti parece equiparar una noción estandarizada de formulación normativa con la de fuente del derecho en sentido *type*, para después afirmar que los desacuerdos a su respecto son instancias de DR; pero a la vez, admite que hay desacuerdos (de reconocimiento) que es difícil plantear en términos de desacuerdos sobre la pertenencia o no al derecho de tal o cual formulación normativa particular. La pregunta por si ciertas reglas de inferencia lógica son fuente del derecho, tal como la de si la moral es o no fuente del derecho, parece ser mucho más amplia y genérica que, por ejemplo, la pregunta de si un enunciado como «Toda persona tiene derecho a un medioambiente sano y agradable» es fuente del derecho. De acuerdo con las definiciones dadas por Ratti de fuente *type*, este último sería una fuente en este sentido (o, mejor dicho, es un enunciado que admite el desacuerdo sobre si constituye una fuente en ese sentido), pero parece algo chirriante decir que *del mismo*

⁷⁸ En el sentido de que no era un tema abordado en sus trabajos anteriores a las críticas de Papayannis y Ramírez.

⁷⁹ Aún si sólo de manera necesariamente parcial. RATTI, 2012b: 297-299. En un sentido acaso análogo, véase KRAMER, 2007, en donde se plantea (con respuesta negativa, carácter no-hipotético y con menos atención a la distinción *f fuente/disposición-norma*) si los principios de la aritmética constituyen normas jurídicas.

⁸⁰ Por cierto, Papayannis y Ramírez defienden explícitamente que éste no puede ser un caso de genuino DR en PAPAYANNIS & RAMÍREZ LUDEÑA, 2012a: 261-263.

⁸¹ Y sin perjuicio de las ya presentadas críticas al respecto.

modo, constituiría un desacuerdo *de tal tipo* aquel relativo a si las reglas de inferencia lógica, o la moral, son fuentes de derecho. Una vez más: no es claro cómo plantear adecuadamente un desacuerdo de este último tipo en términos de «un enunciado reducible sin pérdida de significado a un enunciado deóntico»⁸².

Es así que creo que vale la pena introducir una nueva distinción sobre tipos de fuentes del derecho, sobre de qué cosas hablamos cuando hablamos de «fuentes del derecho». Como ya ha sido dicho, lo que Dworkin llama «fundamentos de derecho» parece ser, en principio (y/o, al menos en parte), lo que Hart caracteriza como los criterios de validez jurídica que componen su regla de reconocimiento, que a su vez muchas veces es considerado como ni más ni menos que el conjunto de las fuentes del derecho⁸³. Ratti, certeramente, identifica la ambigüedad dworkineana a este respecto, y sostiene que tal vez los «fundamentos de derecho» de Dworkin sean «fuentes interpretadas», esto es, en definitiva, normas⁸⁴. De este modo, cabría deshacer esta tendencial asociación entre las nociones de *fuentes de derecho* y de *fundamentos de derecho à la Dworkin*.

Asimismo, por cierto, creo que vale la pena hacer otro tanto respecto de la relación entre las nociones de fuente de derecho y la de criterios de validez jurídica *à la Hart*. Parece que lo que este último denomina «criterios de validez» no se corresponde exactamente con la noción de «fuentes del derecho» que se maneja, por ejemplo, en buena parte de la dogmática jurídica, en donde la referencia parece más bien al tipo genérico de normativa que cumple con los criterios de validez del sistema de que se trate (así, se suele nombrar a la ley, la jurisprudencia, la costumbre, etc.⁸⁵). La diferencia, creo, puede ponerse ilustrativamente en términos clásicos sobre análisis conceptual: mientras que los *criterios de validez* hartianos son como propiedades intensionales de lo que podríamos llamar, laxamente, el concepto de MATERIAL JURÍDICO (cada material cuenta con al menos una de las «propiedades de validez jurídica» que constituyen los criterios de reconocimiento, es decir que cada criterio funge como una

⁸² Este argumento puede entenderse como complementario del presentado en PAPAYANNIS & RAMÍREZ LUDEÑA, 2012a: 261-263.

⁸³ Un ejemplo de los tantos en que se hace esta asociación: SHAPIRO, 2009. También en SHAPIRO, 2011/2014: 349.

⁸⁴ RATTI, 2012c: 19.

⁸⁵ Por dar un par de ejemplos: ALBALADEJO, 2009: 77-78; MUÑOZ CONDE & GARCÍA ARÁN, 1993/2007: 113-116.

propiedad en este sentido), las *fuentes del derecho* representan distintos miembros de la referencia de dicho concepto.

Para ilustrar esto: la «ley» en tanto género (no la ley X promulgada el día Y) es una clase de (formulaciones) normativa(s) que cuenta como derecho en el sentido de que se asume que cumple con al menos uno de los criterios de validez jurídica; siendo uno de éstos, por ejemplo, el haber sido sancionada por las autoridades competentes de acuerdo a otras normas que regulan la función legislativa. Pero éste podría no ser el caso, como sucede con las leyes inconstitucionales. Muchas veces en dogmática se dice entonces que «la ley es fuente del derecho» como una forma de indicar, por así decirlo, *que a la ley debe acudir para «hallar» normas jurídicas*. En este sentido, «ley» es igual a «conjunto de normas (o de formulaciones normativas)», y no a «criterio de validez»⁸⁶.

De este modo se muestra que conviene distinguir de mejor manera entre nociones distintas de *fuerza del derecho*. Hay muchos modos de trazar distinciones útiles a este respecto, para diversos propósitos⁸⁷, pero aquí nos contentaremos con traer a colación la distinción bipartita que ofrecen Papayannis y Ramírez: *fuentes-proceso* y *fuentes-producto*. Mientras que las *fuentes-proceso* son prácticas generadoras de normas (la práctica legislativa, la práctica jurisprudencial, etc.), las *fuentes-producto* son enunciados deóntico-jurídicos particulares no interpretados⁸⁸. Recordemos que la crítica central de estos autores a la propuesta de Ratti consistía en intentar mostrar que, a diferencia del caso de la práctica legislativa *lato sensu* (es decir, de los textos jurídicos), en los casos de la jurisprudencia, la costumbre jurídica, los principios morales tenidos por jurídicamente vinculantes y las normas derivadas, el sentido de *fuerza-producto* no son enunciados deónticos no interpretados, sino directamente normas. De manera que la categoría de las *fuentes-producto* se sostiene propiamente como una categoría de «fuente» sólo en función de *praxis legislativa lato sensu*. Sólo respecto de esta última cabe una distinción entre *fuerza-proceso*[ley], *fuerza-producto*[ley] y *norma*[legal]. En los demás casos sólo se la podría trazar entre

⁸⁶ Deliberadamente estoy dejando de lado varias cuestiones debatidas en la filosofía del derecho, como las distinciones a trazar (o no) entre validez, pertenencia sistemática y aplicabilidad de las normas jurídicas, o la discusión sobre si la regla de reconocimiento hartiana es equivalente o no a la constitución.

⁸⁷ Véase, e.g., GUASTINI, 2010/2016; AGUILÓ REGLA, 2000.

⁸⁸ PAPAYANNIS & RAMÍREZ LUDEÑA, 2012a: 269.

fuelle-*proceso* y norma. Asumiendo esta propuesta todavía se podrían introducir, desde luego, refinamientos ulteriores⁸⁹.

En un principio anuncié que no entraría en los reparos que por su parte me merece la crítica de Papayannis y Ramírez a Ratti. Sin embargo, antes de concluir vale la pena hacer la siguiente observación. Estos autores sostienen que

resulta muy dudoso que la distinción entre desacuerdos teóricos en sentido estricto y desacuerdos interpretativos se deba a una profunda confusión en la teoría del derecho anglosajona. Más bien, parece que la propia distinción, aunque importante para comprender las *causas* de los desacuerdos teóricos, es irrelevante a efectos del análisis del problema. Recordemos que el planteamiento original de Dworkin consistía en distinguir desacuerdos fácticos de otro tipo de desacuerdos que él llama teóricos, podemos ahora agregar, *en sentido amplio*. Un desacuerdo teórico en sentido amplio es todo desacuerdo sobre las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas. ¿Qué determina la verdad de una proposición acerca del derecho? (...) Así, debe existir acuerdo en que la ley, con carácter general, es una fuente del derecho para afirmar que la promulgación de una ley en concreto contribuye a las condiciones de verdad de la proposición. Pero el acuerdo en que la ley es relevante es insuficiente. Debe existir, además, algún acuerdo relativo a cómo interpretar el texto de la ley. Un desacuerdo sobre la verdad de la proposición según la cual está prohibido fumar en la Facultad de Derecho puede tener su *causa* en un desacuerdo respecto de si la ley es fuente de derecho o en un desacuerdo acerca de cómo debe interpretarse el texto de la ley (...). Este es el desafío de Dworkin al positivismo hartiano y, en nuestra opinión, está bien encuadrado.⁹⁰

Respecto de un párrafo como este puedo ahora decir que:

- a) No es del todo claro cuál es la relación entre *causa* y *análisis*. En otras palabras: parece intuitivamente plausible que un examen de las causas de los desacuerdos tiene un lugar legítimo en un análisis del fenómeno de los desacuerdos.
- b) El desafío de Dworkin está enfocado sobre los criterios últimos de validez jurídica, aquellos que Hart pretendía capturar en su noción de regla de reconocimiento. La cuestión de lo que determina las condiciones de verdad de *toda* proposición jurídica es mucho más amplia.
- c) Esa ampliación es reconocida por Papayannis y Ramírez al referirse a los desacuerdos teóricos «en sentido amplio». Incluso de quererse sostener que Dworkin alude a todo desacuerdo jurídico y no sólo a los desacuerdos ubicados en el nivel,

⁸⁹ Así, por dar un ejemplo, podría subdividirse la fuente-*producto*[ley] entre todo el texto de una ley en particular y los enunciados individualmente considerados que la compongan.

⁹⁰ PAPANANNIS & RAMÍREZ LUDEÑA, 2012a: 269. Cursivas en el original, notas omitidas.

último, de la regla de reconocimiento, repetir que este sea su objetivo no parece una buena forma de enfrentar una respuesta al desafío que suponga trazar, como puede decirse que Ratti hace —aunque no completamente en estos términos—, una distinción entre desacuerdos teóricos en sentido amplio y desacuerdos teóricos en sentido estricto.

d) En la sección III intenté sostener la idea rattiana de que hay un ámbito posible (más restringido, no obstante, que el que pretende el propio Ratti) para hacerle lugar a una identificación «meramente pragmática» de las fuentes jurídicas. En la medida en que ello sea posible, hay una zona en la que, precisamente, se rescata el sentido de referirse a DR que no incluyen necesariamente cuestiones interpretativas.

e) El propio Ratti presenta un buen ejemplo al reexaminar los casos Dworkin y mostrar cómo varios casos que el filósofo estadounidense presenta como desacuerdos teóricos son de tipos que en realidad parecen distinguibles, más allá de que convenga reconfigurar el modo en que Ratti establece sus categorías. Al final de la sección II he ofrecido un comienzo para ello; en el capítulo IV se reemprenderá dicha tarea.

V

SÍNTESIS

A lo largo de esta primera parte del capítulo he analizado críticamente dos aspectos puntuales del valioso esfuerzo hecho por Giovanni Ratti por aportar al debate en torno al desafío de los desacuerdos enfatizado por Dworkin en la teoría del derecho actual.

El análisis nos ha llevado a concluir en primer lugar que la taxonomía de tipos de desacuerdos presentada por nuestro autor adolece del defecto de presentar una categoría que resulta, en sus propios términos, superflua, por tratarse de una clase vacía (si se la pretende autónoma), en la medida en que representa un componente —precisamente, no autónomo, sino por el contrario— dependiente de otras de las categorías elaboradas por él. Se trata de lo que Ratti llama «desacuerdos interpretativos» (DI), que a pesar de estar presentado como un tipo de desacuerdo paralelo a otros (de reconocimiento [DR], decisionales [DD], axiológicos [DA] y empíricos [DE]), en realidad es siempre:

1) o bien dependiente de desacuerdos-tipo conceptualmente anteriores (axiológicos o empíricos),

o bien

2) del mismo tipo definido como desacuerdo decisional.

Este problema resulta particularmente serio en el contexto del trabajo de Ratti, puesto que el énfasis argumentativo dado a su categoría de los desacuerdos interpretativos es indiscutible y excluyentemente central para la respuesta que ofrece al desafío dworkineano.

En segundo lugar, me he ocupado de otro punto trabajado por Ratti: la posibilidad de que la identificación de las fuentes *type* del derecho sea realizada de manera puramente pragmática, esto es, excluyendo cualquier actividad de tipo genuinamente interpretativo. Al respecto, he intentado ofrecer precisiones ulteriores. Por un lado, que la identificación pragmática solo es posible en la medida en que se haya consolidado una práctica identificativa, para lo cual es conceptualmente necesario que —al menos en lo que he llamado un *momento fundacional* («fundacional», justamente, de la práctica)— se haya dado en efecto una tarea interpretativa, es decir, la atribución de un determinado contenido de significado a un conjunto de formulaciones normativas que se tenga por candidato a fungir como fuente del derecho. Por otro lado, he sostenido que aun en el contexto genérico de una práctica identificativa consolidada que permita en principio la identificación puramente pragmática de fuentes jurídicas, puede ser el caso que resulte en definitiva necesaria la atribución o descubrimiento de cierto contenido semántico, para los casos que se encuentran en la periferia de significación de los hechos y términos involucrados en tanto que candidatos a ser fuente de derecho.

Este punto tiene un nuevo impacto sobre la taxonomía que ofrece Ratti, una vez más sobre la categoría que llama «desacuerdos interpretativos», núcleo de su propuesta, puesto que difumina la nitidez de la distinción que nuestro autor pretendía trazar entre éstos y los desacuerdos acerca de cuáles son las fuentes del derecho (DR).

Finalmente, he intentado presentar algunas líneas en pro de un refinamiento que creo está en línea con la propuesta metodológica de Ratti y que con algo de suerte tal vez sirva como ampliación de dicha propuesta de cara a eventuales elaboraciones futuras hecha sobre su base. El intento —apenas esquemático y embrionario, por

cierto— es doble: consiste, por un lado, en dar un primer bosquejo de una reconfiguración de la clasificación rattiana de desacuerdos jurídicos, mediante la introducción de consideraciones diversas de las suyas sobre las características de la interpretación; y consiste también, por otro lado, en clarificar un poco más las relaciones entre las nociones de *criterio de validez* en el sentido de Hart y de *fundamentos del derecho* en el sentido de Dworkin a través de la introducción de una desambiguación, distinta de la que de manera cuestionable maneja Ratti, de la noción de «fuente(s) del derecho».

SEGUNDA PARTE: Un enfoque estadounidense

I

INTRODUCCIÓN: ¿LA AMBIGÜEDAD DE DWORKIN?

El más conocido representante contemporáneo del realismo jurídico norteamericano, Brian Leiter, también ha presentado una respuesta al desafío de Dworkin. Como viéramos que hace Ratti, Leiter parece detectar también una ambigüedad en el planteo de Dworkin, que lleva a este último a asociar clases de desacuerdos distintas. En una línea similar a la rattiana, Leiter se refiere a la vinculación que hay en la obra de Dworkin entre desacuerdos sobre cuáles son las fuentes del derecho y desacuerdos sobre cuál es el contenido de significado de éstas. Así, al presentar el desafío, dice que para Dworkin el positivismo jurídico no da cuenta de manera satisfactoria de los desacuerdos *teóricos* sobre el derecho, para aclarar en una nota a pie de página que éstos, ha de entenderse, se tratan de desacuerdos sobre las fuentes del derecho⁹¹. En concordancia con esto, sostiene también que cuando los jueces tienen desacuerdos de este tipo

discrepan acerca del criterio que debe satisfacer una norma para que sea considerada como «jurídicamente válida» (o, tal y como yo he dicho en otras ocasiones, «jurídicamente vinculante», o «una norma de tal o cual ordenamiento jurídico»)⁹².

Asimismo, presenta este tipo de desacuerdos como, en particular, referidos a los criterios de validez jurídica que componen la regla de reconocimiento en la teoría del derecho de Hart, consabido objeto directo de la crítica de Dworkin⁹³. Por otro lado, sin embargo, Leiter sostiene que

los desacuerdos teóricos que interesan a Dworkin presuponen que las leyes y decisiones judiciales son, en efecto, «fuentes del derecho», pero niegan que esto determine la cuestión de qué son realmente los criterios de validez jurídica: la clave de

⁹¹ LEITER, 2009/2012: 75 y n. 4.

⁹² LEITER, 2009/2012: 76. Nótese de paso que en la sinonimia que Leiter traza parece apreciarse una confusión entre al menos tres conceptos distintos, a saber, el de *validez jurídica*, el de *obligatoriedad* y el de *aplicabilidad*. En todo caso, la evidencia es relativamente poca y no se trata de un asunto que nos competa directamente aquí y ahora.

⁹³ LEITER, 2009/2012: 81.

los desacuerdos teóricos para Dworkin está en el significado de las fuentes del derecho reconocidas, como las leyes y los textos constitucionales.⁹⁴

Y cierra este mismo pasaje citado con una nota al pie en la que afirma:

Existen dos niveles en los que los jueces pueden discrepar acerca del «significado» de una fuente jurídica: obviamente, pueden discrepar sobre el significado del texto, o bien pueden convenir sobre el significado pero discrepar sobre cuál es la teoría del significado o de la interpretación correcta para explicar por qué el texto significa lo que significa.⁹⁵

De acuerdo con esto último, parece que Leiter traza una distinción similar a la ya vista de Ratti entre *desacuerdos interpretativos* (DI) y los desacuerdos meta-interpretativos que vimos también como primer subtipo de lo que Ratti denomina *desacuerdos axiológicos* (DA). En este sentido, podríamos por su parte considerar a los desacuerdos mencionados por Leiter en primer término como un paralelo de lo que Ratti llama *desacuerdos de reconocimiento* (DR). Aquí se nos impone, no obstante, hacer una precisión terminológica. En la traducción del texto de Leiter del que he extraído los pasajes citados, se habla de «fuentes del derecho» como traducción de la noción dworkineana de «grounds of law». La ambigüedad que Ratti detectara se refería específicamente, como se recordará, a esta noción. Y como vimos, esa ambigüedad lleva al autor italiano a ofrecer una desambiguación y posterior reclasificación de varios tipos de desacuerdos jurídicos y a brindar también una definición más específica de «fuente del derecho», ausente en el trabajo de Dworkin. De aquí que en lo que resta de esta parte segunda del capítulo me referiré a la noción de Dworkin como «fundamentos del derecho»⁹⁶, dejando el vocablo «fuente» de lado, para que quede circunscripto al trabajo de Ratti y a las críticas y refinamientos que a éste se plantearan en la parte primera.

Leiter, sin embargo, es por su lado muy poco preciso en lo que entiende por «fundamentos del derecho». Y aunque —como acabamos de apreciar— pone de manifiesto el hecho de que Dworkin alude a distintas cuestiones bajo un mismo rótulo, no parece otorgarle a ello ulteriores consecuencias teóricas, como sí pretende Ratti.

⁹⁴ LEITER, 2009/2012: 76-77.

⁹⁵ LEITER, 2009/2012: 77, n. 9.

⁹⁶ Como por otra parte he hecho en el capítulo I.

Uno podría decir entonces que aunque Leiter intuye la ambigüedad dworkineana, es inconsecuente con dicha intuición. Pau Luque ha sostenido que Leiter podría replicar sencillamente que la distinción no le interesa, porque lo que este último pretende es responder a Dworkin mostrando que la práctica jurídica se caracteriza en realidad por un amplio grado de *acuerdo* tanto respecto de cuáles son las fuentes del derecho como respecto de cuáles son los contenidos de significado de éstas⁹⁷. Por mi parte creo que ésta sólo puede constituir una respuesta parcial, porque aún si fuese cierto que el desacuerdo⁹⁸ no es un fenómeno central (y por ende tuviésemos buenas razones para decir que una teoría que no da cuenta del desacuerdo no se ve sólo por eso grandemente depreciada), todavía podríamos querer dar con una explicación adecuada del fenómeno, y dicha explicación podría requerir (y un autor como Ratti intenta mostrar que lo requiere) de una desambiguación y distinción para, de manera (conceptualmente) posterior, dar con elucidaciones distintas para los diversos tipos. Como es obvio, primero hay que ver si Leiter tiene éxito en lo que se propone, y a ello me abocaré en lo sucesivo.

II

LA RESPUESTA DE LEITER

La respuesta de Leiter al desafío de Dworkin discurre por varios frentes. En primer término, y como dos caras de una misma moneda, sostiene por un lado que Dworkin no defiende bien su punto de que el desacuerdo fundamental sea una característica central del derecho y, por otro lado, intenta poner de relieve las virtudes explicativas que tiene el blanco crítico de Dworkin, el positivismo jurídico de corte hartiano, incluso si fuese el caso que éste careciera de un adecuado instrumental teórico con el que dar cuenta de los desacuerdos fundamentales. En segundo término, Leiter procura mostrar que dicho instrumental está en efecto adecuadamente nutrido, de la mano de dos elementos que llamaremos la *teoría de la hipocresía* y la *teoría del error*.

⁹⁷ LUQUE SÁNCHEZ, 2012b: 112, n. 3 (también 116, n. 17).

⁹⁸ Aquí, se comprenderá, uso la noción de *desacuerdo* según el sentido laxo y ambiguo que maneja Dworkin.

1. El positivismo jurídico frente al interpretativismo dworkineano

1.1. La fenomenología del desacuerdo y la pirámide del acuerdo

Sobre el primer punto mencionado, Leiter se limita a señalar que no puede encontrarse en ninguna parte de la obra de Dworkin una adecuada justificación de que el fenómeno de los desacuerdos fundamentales sea una característica *central* de las prácticas jurídicas contemporáneas⁹⁹. Pero en cambio abunda sobre la otra cara de la moneda, esto es, sobre el amplio potencial explicativo que en su opinión tiene la teoría rival de Dworkin, el positivismo hartiano. Según el iusrealista estadounidense, el positivismo explica perfectamente cómo el derecho está basado en una importante serie de *acuerdos* en el seno de la sociedad, y en particular entre el grupo de funcionarios encargados de la creación y —sobre todo— aplicación del derecho. Los juicios sobre el derecho que se oponen entre sí constituyendo desacuerdos jurídicos fundamentales serían una mínima proporción del conjunto total de juicios sobre el derecho.

El argumento presentado al respecto es una exposición de la fenomenología del desacuerdo jurídico¹⁰⁰. En línea con la metodología empíricamente orientada que propugna en tanto realista jurídico, Leiter formula su argumento basado en estudios de campo relativos al sistema jurídico de los Estados Unidos¹⁰¹. Dicha fenomenología puede ser reconstruida de la siguiente manera:

1) De todas las cuestiones que podrían generar disputas jurídicas, sólo una pequeña parte de hecho lo hace. Por ejemplo, para una ocasión en la que nos vemos en conflicto con otro por un incumplimiento de obligaciones contractuales, muy probablemente se nos habrán dado cientos o hasta miles de operatorias contractuales cotidianas que habrán discurrido sin inconvenientes.

⁹⁹ LEITER, 2009/2012: 79.

¹⁰⁰ LEITER, 2009/2012: 85-87.

¹⁰¹ De modo que sus conclusiones también deben ser restringidas al caso estadounidense y en última instancia resultan sólo intuitivamente indicativas para otros sistemas jurídicos. Intuitivamente también, parece que será más fácil asimilar las consideraciones de Leiter a otros sistemas del *common law* y que es un tanto más distante la relación que puede trazarse con sistemas del *civil law*. Como es obvio, el desafío de Dworkin está planteado teniendo preferentemente en miras el propio sistema estadounidense también. Leiter hace uso de las *Statistical Tables for the Federal Judiciary* 37 – Table C-4 (dec. 2007), de la Administrative Office of the US Courts. La ratio de la base a la cima sería algo así como de un millón a uno. LEITER, 2009/2012: 85 y ns. 54 y 56 (86-87). Para la defensa que Leiter hace de una metodología empíricamente orientada para el estudio del derecho, véase LEITER, 2007/2012.

- 2) De esa pequeña parte litigiosa, sólo una pequeña fracción requiere la atención concreta de tribunales y no es resuelta de manera extrajudicial.
- 3) De los desacuerdos que van frente a un juez sólo una pequeña porción sigue en litigio tras su resolución y llega con ello a instancias judiciales superiores.
- 4) De los casos que son resueltos en las instancias superiores de la estructura judicial, sólo una fracción es resuelta de manera que genera un marcado conflicto de opiniones acerca de lo que establece del derecho entre los propios jueces del superior tribunal, o entre éstos y los jueces que hubieran actuado en las instancias anteriores.
- 5) Además, puede haber casos que asciendan en la escala judicial por cuestiones de hecho y prueba, pero no de derecho.
- 6) Y —sea por cuestiones de hecho o por cuestiones de derecho— puede que se ascienda en la escala judicial por insistencia de los abogados y oportunidades formales que ofrece el sistema, aún cuando todas las resoluciones judiciales sustantivas sean dadas en la misma línea, es decir, aún cuando no haya genuina disputa sobre qué establece el derecho entre los diversos jueces, ni entre los jueces y una de las partes en litigio, sino sólo de una de las partes contra todos sus demás interlocutores en el sistema judicial.

De este modo, el funcionamiento ordinario de un sistema jurídico podría ser representado como una pirámide, con la cima de la estructura compuesta por los juicios del tribunal de apelación más alto (donde acontecerían los desacuerdos relevantes para Dworkin) y la base representada por las diversas cuestiones legales que entran en los despachos de abogados habitualmente¹⁰². El hecho de que los desacuerdos relevantes estén ubicados apenas en el cima de una estructura que, en cambio, funciona en general de manera no litigiosa (o al menos no litigiosa en el sentido relevante, *i.e.*, con desacuerdos fundamentales), explicaría a su turno que los sistemas jurídicos simplemente no colapsen y se extingan en tanto tales, sino que por el contrario tiendan a perdurar. El positivismo jurídico, a criterio de Leiter, haría de esta forma piramidal su propia representación del funcionamiento del derecho, poniendo con ello un adecuado énfasis en el acuerdo que trasunta la generalidad de la praxis jurídica. En sus palabras:

¹⁰² LEITER, 2009/2012: 85.

Una de las grandes virtudes teóricas del positivismo jurídico como teoría del derecho es que explica por qué el universo de casos jurídicos parece una pirámide — precisamente porque explica el dominante fenómeno del *acuerdo jurídico*—. Los profesionales del derecho están de acuerdo acerca de qué requiere el derecho tan a menudo porque, en un sistema jurídico en funcionamiento, *qué es derecho* viene determinado por una práctica discernible de los *officials* que deciden cuestiones de validez jurídica haciendo referencia al criterio de validez jurídica en el que ellos mismos convergen de una manera reconocible. Sólo cuando nos acercamos a la cima de la pirámide encontramos aquellos casos en los que la práctica de los *officials* ya no es uniforme, y el «derecho» no está determinado. Indudablemente, existe un «efecto de selección» a favor de apelar aquellos casos en los que el derecho no es claro, de esta manera los jueces encuentran espacio para el desacuerdo teórico, y, por tanto, espacio para ponerse del lado de la versión del caso de quien apela [...] Que el positivismo jurídico da sentido a la *aplastante mayoría de casos jurídicos* parece que hay que darlo por descontado.¹⁰³

En todo caso, el positivismo tendría a su alcance este argumento fenomenológico que propone Leiter, para mostrar la centralidad del acuerdo, mientras que Dworkin no ha logrado mostrar la adecuación de su tesis, opuesta, según la cual es distintivo el desacuerdo fundamental.

1.2. Suposiciones contrapuestas y problemas

1.2.1. El alcance de los (des)acuerdos: ¿consistencia o significados claros?

Ahora bien, este primer punto puede ser observado. En primer lugar, está la cuestión ya mencionada del agrupamiento de desacuerdos de tipos en principio separables¹⁰⁴. A lo largo de la exposición del argumento de Leiter he usado la expresión *desacuerdos fundamentales* con la ambigüedad que ésta trae desde Dworkin. Si lo relevante como posible objeción al positivismo jurídico es el desarrollo de DR, la imagen podría resultar incluso más favorable al positivismo de lo que Leiter cree, si fuese el caso que de los desacuerdos dados en la cima de la pirámide, muchos en efecto no fuesen genuinamente de reconocimiento. Por otro lado, sin embargo, una objeción que obviamente puede presentarse es que el hecho de que se manifieste un desacuerdo en la cúspide de la estructura judicial supone que se ha manifestado

¹⁰³ LEITER, 2009/2012: 87. Cursivas en el original; notas omitidas.

¹⁰⁴ Dejando a salvo las consideraciones críticas ya formuladas en la primera parte de este capítulo.

también en las diversas instancias anteriores¹⁰⁵. De modo que hay un sentido evidente en el que el desacuerdo fundamental no se evidencia sólo al dar con la cima de la pirámide, sino que la recorre desde su misma base. Leiter no señala nunca este punto obvio.

Una objeción diferente, que el propio Leiter sí considera expresamente¹⁰⁶, es la que señala que el desacuerdo puede estar presente pero velado, latente (a través de toda la estructura)¹⁰⁷. Un caso puntual puede ser resuelto en sede judicial de modo unánime por un grupo de jueces, por ejemplo, pero el hecho de que dos jueces lleguen a una misma solución para un caso no supone por sí mismo que estén de acuerdo sobre las razones por las que llegaron a ella. Los casos con votos particulares en disidencia de fundamentos son evidencia expresa de esto, pero se trata de un fenómeno que puede darse incluso en ausencia de votos diferenciados. Asimismo, puede darse tanto por diferencias entre los criterios de validez jurídica considerados¹⁰⁸, como por diferencias entre los métodos interpretativos empleados¹⁰⁹. Y finalmente, puede darse no sólo en relación con los miembros de un mismo tribunal, sino también entre jueces de diversos escalafones (y otros funcionarios posiblemente intervinientes, como cuando actúan diversos fiscales y/o abogados del Estado en instancias judiciales distintas), entre jueces y abogados de parte, entre estos últimos entre sí, etc.

Al respecto Leiter observa que el acuerdo es evidente y que sólo *asumiendo* la tesis de Dworkin sobre la centralidad del desacuerdo puede ponerse este hecho en tela de juicio. A mi entender esto no es ni más ni menos claro (u oscuro) que lo

¹⁰⁵ Salvo los comparativamente menores casos de *per saltum* o similares, que por otra parte tal vez no se dan necesariamente siquiera en una mayoría destacable de los ordenamientos jurídicos contemporáneos.

¹⁰⁶ LEITER, 2009/2012: 88-91.

¹⁰⁷ Aunque muy breve, la exposición que hago sobre esto en las siguientes líneas del texto es, sin embargo, más detallada (espero) que la que presenta el propio Leiter. Atiéndase al resaltado en el final de la siguiente nota.

¹⁰⁸ Un juez sostiene que el caso se dirime por la norma X, que considera válida de acuerdo al criterio 1 (supongamos, porque cree que se deriva del contenido de un cierto principio constitucional) y otro juez concuerda en que el caso se dirime por la norma X, pero creyendo que ésta es válida en virtud del criterio 2 (supongamos, porque cree que se trata de una norma jurídica consuetudinaria). Este supuesto *no recibe* tratamiento expreso en el trabajo de Leiter.

¹⁰⁹ Un juez sostiene que X es la norma expresada por la formulación normativa F bajo el uso del método interpretativo A (digamos, relativo a la intención legislativa), mientras que otro juez cree también que F expresa X, pero por aplicación del método interpretativo B (supongamos, uno sistemático). Como se verá a continuación, es sólo este tipo de supuesto el tratado por Leiter.

sostenido por el propio Dworkin. Pero al margen de ello, Leiter propone que el punto de vista dworkineano supone lo que llama la *suposición de consistencia*. Esta suposición sugiere que entendamos que los juristas son consistentes en la aplicación de su metodología interpretativa preferida (considerada correcta, etc.), interpretando siempre del mismo modo (*i.e.*, según el mismo método). Como diversas metodologías interpretativas pueden en ocasiones redundar en la misma interpretación-producto, pueden lograrse resoluciones coincidentes. Pero el desacuerdo acecha detrás, en la diferencia misma que hay entre las metodologías puestas en juego¹¹⁰. De acuerdo con Leiter, sin embargo, no hay buenas razones para abonar la *suposición de consistencia*. Para mostrarlo trae a colación diversos casos decididos por los mismos jueces¹¹¹: del análisis de los votos surgiría el hecho de que los jueces van variando la metodología interpretativa que utilizan, tal vez en función de sus convicciones ideológicas más profundas, o incluso de intereses personales. Jueces y abogados tenderían a ser oportunistas en este sentido, echando mano de la metodología interpretativa que simplemente dé como resultado el ya esperado, querido, por razones extra-interpretativas.

De este modo, Leiter opone a la *suposición de consistencia* lo que denomina la *suposición del significado claro por defecto*, según la cual el lenguaje ordinario (o los significados técnicos que la práctica jurídica va consolidando a través de implementaciones mayoritarias), junto con el criterio de validez que rija en cada caso, *nos da el contenido del derecho, excepto en un restringido número de excepciones*¹¹². A mayor abundamiento, Leiter sostiene que esta segunda suposición es una parte constitutiva de la regla de reconocimiento (de los Estados Unidos, al menos)¹¹³. Los casos de excepción son aquellos en que los juristas, por las razones que fueren, recurren a cánones interpretativos distintos del que constituye la *suposición del significado claro por defecto*. La prevalencia de este último, por su lado, explicaría el

¹¹⁰ LEITER, 2009/2012: 88.

¹¹¹ Por cierto, los mismos jueces que resolvieron el famoso «Riggs vs. Palmer», que de manera emblemática ha usado Dworkin como ejemplo en sus críticas al positivismo jurídico, según ya viéramos.

¹¹² LEITER, 2009/2012: 90.

¹¹³ LEITER, 2009/2012: 91. El hecho de que haya o no cánones interpretativos insertos en la regla de reconocimiento, *i.e.*, que sean parte de ella, es un tema sobre el que está floreciendo una importante discusión en nuestros días, véase RATTI, 2012a (esp. 321-325); PINO, 2015, LUQUE SÁNCHEZ, 2015.

amplio margen de acuerdo que Leiter ve en el funcionamiento ordinario de la praxis jurídica y abonaría la imagen piramidal de su representación.

Desafortunadamente, Leiter no ofrece una caracterización más detallada y explícita sobre este «canon» interpretativo que constituye su suposición del *significado claro por defecto* (o que al menos informa a ésta, aún si sólo parcialmente). Por otra parte, dicha suposición es, efectivamente, no más que una suposición, en el sentido de que nada se dice para abonar la idea de que de hecho los juristas recurren a un «método» interpretativo como el que parece configurarla. Como es obvio, sin mayor detalle sobre en qué consiste el método en cuestión, es difícil poder establecer si es el método de hecho más utilizado o no. Más adelante proseguiré con la discusión de este punto, al asociarlo con otro elemento de la respuesta de Leiter a Dworkin¹¹⁴.

1.2.2. Pirámide necesaria vs. Pirámide contingente

Pau Luque ha objetado también este punto de la imagen de la «pirámide del acuerdo» ofrecida por Leiter. Para ello parte de la pregunta por el «estatuto lógico» que la pirámide leiteriana tendría. La idea de que el derecho funciona como la pirámide que señala Leiter, ¿es de carácter conceptual o es sólo una afirmación empírica? Si se la entiende como tesis conceptual, esta significaría que

un sistema jurídico en cualquier mundo posible reunirá dos características, que yo denominaré, a falta de términos más adecuados, «característica técnica» y «característica de la estabilidad».

La característica técnica consiste en que en cualquier sistema jurídico la instancia superior nunca conocerá más casos que la instancia inferior, al máximo — caso prácticamente inconcebible— el tribunal de apelación, la instancia superior, puede conocer exactamente el mismo número de casos que la instancia inferior (...) Desde este punto de vista, el sistema jurídico sólo puede ser una pirámide.

La característica de la estabilidad consiste en que nuestra manera de entender «sistema jurídico» va necesariamente ligada a la existencia (en todos los mundos posibles) de un acuerdo (no sólo entre los *officials*, sino también entre la ciudadanía en general) acerca de la fuerza vinculante de las decisiones de los Tribunales Supremos o Constitucionales (...) Así pues, también bajo este punto de vista, el sistema jurídico sólo puede ser una pirámide.¹¹⁵

¹¹⁴ *Infra*, sección II.2.2.

¹¹⁵ LUQUE SÁNCHEZ, 2012b: 118.

La crítica de Luque consistiría en sostener entonces que las afirmaciones de Leiter carecen de contenido informativo, y que resultan tan banales como decir «el sistema jurídico es el sistema jurídico»: una tautología¹¹⁶.

No comparto esta crítica, por diversas razones. En primer lugar, porque la descomposición de esta imagen en estas dos características es en realidad un agregado a lo que Leiter expresamente afirma. En segundo lugar, la crítica parte de exagerar el hecho de que la imagen de la pirámide es simplemente una metáfora indicativa, al menos en punto a lo que denomina «característica técnica». Al respecto, cabe decir¹¹⁷ que es perfectamente concebible un sistema judicial estructurado de manera tal que los tribunales que actúan como segunda instancia de otros en ciertas cuestiones, tengan a su vez competencia originaria sobre otras, resultando que en definitiva tengan que atender más causas que aquellos tribunales sobre los que ejercen funciones recursivas. De modo que en realidad es la «característica de la estabilidad» la cuestión relevante de este par. Y yo matizaría también dicha característica del siguiente modo: lo que parece necesario es una instancia final de resolución de los conflictos, con fuerza de autoridad¹¹⁸. No siempre es imperativo para los tribunales inferiores seguir las decisiones de las instancias de más arriba. Suele hacerse por razones de economía procesal, pero muchos sistemas no llevan doctrinas del precedente tan fuertes como las que rigen en el mundo anglosajón, de modo que es perfectamente posible que un tribunal de menor jerarquía sostenga sobre un asunto una doctrina sistemáticamente opuesta a la de sus instancias superiores. Así, «fuerza vinculante» ha de ser entendida, en este contexto, en el sentido de tener poder de decisión definitiva, inapelable.

Pero al margen de estos matices, la cuestión central es que la crítica de Luque está sujeta a una pendiente resbaladiza que desemboca en la poco razonable conclusión de que el análisis conceptual es completamente inútil (banal y carente de contenido informativo). Si hacer esta clase de análisis supone (por cierto: en parte,

¹¹⁶ LUQUE SÁNCHEZ, 2012b: 119.

¹¹⁷ Los matices que trazo a continuación funcionan como crítica a la objeción de Luque porque, como señalé en primer término, el detalle de las dos características por él mencionadas constituye más bien un agregado suyo a lo que en efecto sostiene Leiter.

¹¹⁸ Recuérdese el contexto que tiene en cuenta Hart cuando introduce su noción de *reglas de adjudicación*.

pero no solamente¹¹⁹) elucidar el significado de términos y expresiones (que vehiculan los conceptos en estudio), y ello se consigue, por ejemplo, trazando sinonimias con otros términos y expresiones más familiares¹²⁰, el resultado será siempre expresable a través de enunciados cuya forma lógica es «X es X». Dichos resultados son en verdad tautológicos, como sostiene Lueque. Sin embargo, a diferencia suya me parece que lo relevante, e informativo, es el camino por el que se llega a ellos. Si uno sabe que X=Y entonces, cada vez que en una expresión aparece Y, puede en efecto cambiarlo por X (incluyendo el propio «X=Y», para pasar a «X=X»). Pero muchas veces no es en absoluto obvio que X=Y y dar con ello puede ser recompensa bastante¹²¹. Recuérdese, si no, la analogía que a propósito de esto trazara Strawson entre el trabajo del filósofo y el del gramático:

justo como el gramático, y en especial el modelo moderno de gramático, que trabaja para producir una explicación sistemática de la estructura de reglas que nosotros sin esfuerzo observamos al hablar gramaticalmente, el filósofo trabaja para producir una explicación sistemática de la *estructura conceptual* general de la que, como nuestra práctica diaria nos muestra, tenemos un dominio tácito e inconsciente.¹²²

Luque sostiene igualmente que es más probable que Leiter atribuya a su pirámide un estatuto empírico¹²³. En este sentido, Leiter podría querer decir que en general los sistemas jurídicos (cualifiquemos, por las dudas: occidentales, contemporáneos) funcionan según un amplio margen de acuerdos. Pero a esta forma de entender la idea de la pirámide Luque objeta que el criterio que Leiter toma como referencia es insuficiente para fundar su conclusión acerca del amplio acuerdo. El autor estadounidense se basa solamente en *estadísticas sobre porcentajes de apelación* en el sistema judicial de su país, pero parece olvidar que las razones por las

¹¹⁹ Al respecto he defendido alguna cosa más en RAPETTI, 2015a. Véase también RODRÍGUEZ-BLANCO, 2003.

¹²⁰ En esto consiste el llamado «análisis conceptual *directo*», de sabor russelliano. Se dirá algo más sobre el punto en la sección I del próximo capítulo.

¹²¹ Sobre el valor general de las investigaciones filosóficas más como proceso que como producto, véase GARCÍA-CARPINTERO, 2010: 21-22. Wittgenstein nos «recordaba»: *recuerda que a veces requerimos explicaciones no por su contenido, sino por la forma de la explicación*. WITTGENSTEIN, 1953/2009: §217.

¹²² STRAWSON, 1992: 7. La traducción es propia. El original dice: *just as the grammarian, and especially the model modern grammarian, labours to produce a systematic account of the structure of rules which we effortlessly observe in speaking grammatically, so the philosopher labours to produce a systematic account of the general conceptual structure of which our daily practice shows us to have a tacit and unconscious mastery*. En una línea análoga, puede verse VON WRIGHT, 1963/2010: 38-39.

¹²³ Lo que por cierto sería especialmente consistente con la metodología naturalista que Leiter propugna.

que las partes de un litigio judicial pueden apelar son múltiples y no están sólo restringidas al acuerdo o no sobre el contenido específico del derecho en lo que les concierne. Luque menciona cuestiones de diseño institucional y factores económicos como también probablemente influyentes en los porcentajes de apelación¹²⁴.

En su ya varias veces referenciado trabajo en conjunto, Andrea Dolcetti y Giovanni Ratti presentan un punto en la misma línea:

La identificación de un cierto conjunto de soluciones constantes puede estar causada por factores sociales que no tienen nada que ver con la interpretación *stricto sensu*. Diversos factores sociales —como los diferentes costes del proceso, los modos distintos en que los abogados cobran por su actividad en el proceso, la diversa estructura de los tribunales, etc.— pueden favorecer o, al contrario, obstaculizar la presentación de demandas judiciales ante los tribunales. Pero la presencia de dichos factores sociales no puede constituir la base para una teoría de la interpretación jurídica. Y aún menos para una teoría del acuerdo interpretativo. Lo que estos factores sociales favorecen en algunos sistemas es la convergencia respecto de las decisiones judiciales: esto es, la constante identificación de ciertas soluciones para resolver ciertos casos judiciales. Sin embargo, no puede considerarse que dicha convergencia equivalga al acuerdo interpretativo.¹²⁵

A falta de criterios posteriores con los que discernir a qué se deben las apelaciones, parece que el que Leiter propone no alcanza para concluir que sea una característica general del derecho el funcionar bajo un amplio margen de acuerdo sobre lo jurídicamente dispuesto¹²⁶. Leiter parece prever este tipo de objeción y subraya que para abrir aguas hay un problema probatorio: ¿qué pruebas tenemos para saber si, en lugar de desacuerdos velados y latentes, lo que hay es en realidad acuerdo? Pero no hace nada por responder esta cuestión más que, por así decirlo, «interpretar» la falta de más apelaciones como indicio concreto de acuerdo.

Por mi parte, considero que podría agregarse a estas críticas una mención a la distinción que Ratti traza entre las apreciaciones diacrónica y sincrónica del fenómeno

¹²⁴ En realidad, Leiter tiene presente esta posible multiplicidad de razones: recuérdese el punto 6) de la reconstrucción que se ha hecho sobre la fenomenología del desacuerdo jurídico. Véase LEITER, 2009/2012: 86-87, n. 56. Sin embargo, hace poco más que notar esta posibilidad: dice solamente que es «compatible» con su *hipótesis del acuerdo masivo*. De nuevo, puede decirse que es acaso inconsecuente con lo que intuye. Pero véase *infra*, n. 131 y el texto al que ella acompaña.

¹²⁵ DOLCETTI & RATTI, 2012: 194-195. También RATTI, 2012a: 322.

¹²⁶ Tal vez valga la pena apuntar que en su fuerte reivindicación de los autores del realismo jurídico estadounidense de la primera ola, el propio Leiter advierte que dicha reivindicación es del programa metodológico que aquellos defendían e implementaban, pero no de la sustancia misma de aquella implementación, en el sentido de que los estudios empíricos que manejaban tal vez no eran lo suficientemente buenos. LEITER, 2007/2012: 93.

del desacuerdo¹²⁷: Leiter no hace una distinción semejante y en este sentido toda conclusión que saque tendrá sólo por ello algo de poco elaborado. Pero, por sobre todo, me interesa destacar a continuación que hay un modo en que la tesis de Leiter puede ser defendida parcialmente, y un punto que amerita en cambio recalcar esta objeción a su propuesta.

1.2.2.1. *No-desacuerdo y desacuerdos manifiestos*

La manera en que abonar parcialmente la tesis de Leiter es expandiendo un poco lo que creo subyace a su pregunta, expuesta en el párrafo anterior. Así, reformulémosla: ¿cuándo es razonable, para un tercero, predicar el acuerdo entre dos personas? Desde el punto de vista epistémico, como no tenemos alguna forma de acceso «directo» a los estados mentales de los demás, todo lo que podemos afirmar al respecto parte de sus expresiones públicas y otras conductas observables. Esto se aplica no sólo a la avenencia que prediquemos de una persona respecto de otra o de cierta idea o cosa, sino básicamente a todo lo que podemos predicar acerca de ella. Así, cuando digo «Marcela está de buen humor»¹²⁸ lo hago basado en lo que puedo observar externamente sobre el comportamiento de Marcela: por ejemplo, porque le escucho contar chistes y la veo sonreír. Tal vez en realidad Marcela esté disimulando un humor pésimo, tal vez por dentro esté despotricando contra la humanidad toda. Pero como no tenemos forma de acceder a los fueros internos, parece que, como en este supuesto, cuando vemos a una persona sonreír y contar chistes de manera medianamente sostenida, tenemos por ello una *justificación razonable* para decir que, en ese momento, esa persona está de buen humor¹²⁹. En efecto, puede incluso decirse que es a través de la observación de estos fenómenos externos como «accedemos al fuero interno», que ello es básicamente con lo que contamos para hacerlo. La evidencia de la que dispongamos puede ser más o menos. En el ejemplo, yo contaba con dos indicadores; podría tener sólo uno, o podría tener muchos más, y mientras

¹²⁷ Véase *supra*, sección I.3 de la primera parte.

¹²⁸ Asumiendo que al decirlo pretendo ser, en ese contexto al menos, descriptivamente certero.

¹²⁹ En general esto se aplica a toda nuestra experiencia, y no sólo en relación con otras personas. Piénsese en cuando viendo el cielo afirmamos que va a llover. En realidad no llegamos a percibir los movimientos atómicos que desembocan en la producción de lluvia, pero de manera pre-teórica sabemos que, tendencialmente, la amplia formación de nubes y el oscurecimiento del cielo culminan en lluvias. Como es obvio, se trata de descripciones (y predicciones en función de ellas) falibles, porque, como prácticamente todo nuestro conocimiento sobre el mundo empírico, se funda en inducciones.

más tenga, más firme —más plausible, más razonable, más justificada— será mi descripción del ánimo de Marcela¹³⁰. En última instancia, sin embargo, mi apreciación puede ser errada, por más indicadores que tenga a favor.

Si dos juristas ofrecen una misma respuesta para un caso jurídico, tenemos *un elemento* (sólo uno) con el que considerar que están de acuerdo sobre el derecho que rige el caso. Luque, Dolcetti y Ratti tienen un punto adecuadamente elaborado al sostener que el indicador en el que se basa Leiter es insuficiente para concluir el acuerdo entre juristas (en el sentido de que no sólo hayan llegado a la misma respuesta para un caso, sino también de que hayan llegado a esa respuesta transitando el mismo camino). Necesitamos de más elementos, de más insumos epistémicos. La crítica a Leiter aquí ha de entenderse como que ofrece pobre fundamento para concluir el acuerdo.

No obstante —y esta es mi defensa parcial de Leiter en este asunto—, uno puede en cambio sostener que el problema de los desacuerdos jurídicos es sólo el de los *desacuerdos jurídicos manifiestos*. El desacuerdo «puede estar velado»; si es así, diremos justamente que está velado *porque no tenemos mayor evidencia para afirmar que de hecho existe*. Pero no es claro entonces por qué debiera importarnos mayormente —por qué debiera importarle a la teoría del derecho— algo que ni siquiera podemos mostrar como efectivamente presente, efectivo, real. Si quisiéramos, podríamos marcar un terreno intermedio entre el acuerdo y el desacuerdo; llamémoslo el *no-desacuerdo*. Según entiendo, aunque tal vez la exposición de Leiter no llegue a mostrar el amplio acuerdo que proclama, acaso sí es razonablemente bastante para señalar que tampoco es necesariamente el caso el amplio desacuerdo que, en la vereda de enfrente, proclama Dworkin. De modo que al menos tenemos con qué abonar la hipótesis del no-desacuerdo. Creo que esto alcanza para al menos morigerar en buena medida la preocupación por la objeción dworkineana entre las filas positivistas¹³¹.

¹³⁰ De aquí también que contemos con expresiones diversas para describir con menor o mayor certeza. Así, por ejemplo, decimos «estar seguros» o «estar convencidos», «suponemos», «intuimos», «sospechamos», «tenemos la impresión», etc.

¹³¹ Véase *supra*, n. 124: con el presente argumento espero poder darle algo más de sentido a la afirmación de Leiter de que los escenarios contemplados en el pasaje allí referido son en efecto «compatibles» con su *hipótesis del acuerdo masivo*. Y esto es una nueva forma de mostrar que con ello

1.2.2.2. Una referencia a las convenciones-sin-acuerdo

Resaltar esto último, no obstante, tiene también el efecto, según creo, de intensificar la objeción de que el «acuerdo» que Leiter dice encontrar tiene muy poco de comprobado. Entre otras cosas, porque la demarcación de los tres terrenos mencionados (acuerdo, no-desacuerdo, desacuerdo) exige entonces una aún mayor precisión de lo que se entiende por cada uno, y hay muy poco en el trabajo de Leiter con el que siquiera caracterizar en algo más de detalle lo que tomar por «acuerdo».

Mi impresión es que, en efecto, Leiter probablemente está intentando sostener —aunque mínimamente— la imagen que, tras la obra de Hart, se ha hecho del positivismo jurídico como una teoría *convencionalista* del derecho. Este rótulo dice poco por sí mismo, dada la enorme discusión que hay sobre el detalle de tal caracterización¹³². De dicha discusión sólo quiero ahora tomarme de un punto: entender al positivismo jurídico como una teoría «convencionalista» supone entender que sostiene que el derecho está basado en convenciones, pero, ¿están las convenciones a su vez basadas en acuerdos? Como es obvio, depende de lo que —de vuelta con esto— se entienda por «acuerdo».

He aquí una posible elaboración: si por «acuerdo» se entiende —de un modo que es bastante estandarizado y clásico en la literatura de referencia— la conjunción de manifestaciones de la voluntad consistentes en el intercambio de promesas condicionales¹³³, entonces parece haber buenas razones para inclinarse por la negativa, y caracterizar entonces al positivismo como haciendo uso de una noción de *convención-sin-acuerdo*.

Para sostener esto obsérvese lo siguiente. Como dice Federico Arena¹³⁴, la idea de las convenciones basadas en el acuerdo en este sentido de intercambio de promesas condicionales

no estaría completa sin especificar en qué consiste prometer. La versión más extendida es la que concibe las promesas como un acto comunicativo, dentro de una

presento una *defensa parcial* de esta parte de su propuesta. Véase también la nota 147 del capítulo siguiente.

¹³² Sólo por señalar algunos hitos en esa discusión: COLEMAN, 2001; BAYÓN, 2002; MARMOR, 2009; POSTEMA, 2011; SHAPIRO, 2011/2014; ARENA, 2014, RAMÍREZ LUDEÑA & VILAJOSANA, 2016.

¹³³ Esta noción se maneja desde el fundacional trabajo de LEWIS, 1969: 34.

¹³⁴ ARENA, 2012: 281-281. Se omite una nota, pero véase la nota siguiente.

práctica de prometer¹³⁵. Según esta concepción, prometer consiste en llevar a cabo ciertos actos comunicativos que, en cuanto satisfacen las condiciones establecidas por las reglas de la práctica convencional de prometer, pueden ser considerados promesas. Es precisamente este modo de concebir las promesas el que introduce [un] problema de circularidad cuya solución, creo, exige aceptar que las convenciones basadas en el acuerdo son secundarias respecto de aquéllas [*sic*] no basadas en el acuerdo. Es decir, parece claro que el carácter convencional de la práctica del prometer no puede a su vez depender de un acuerdo, puesto que ello produciría una circularidad. Si bien creo que la circularidad no es en todos los casos un problema que exige abandonar determinadas explicaciones conceptuales, creo que sí es posible encontrar una alternativa no circular (o más amplia) que debería optarse por esta última.¹³⁶

El detalle de la noción de *convención-sin-acuerdo* que luego se propone no nos interesa tanto ahora, puesto que lo hasta aquí visto creo que nos basta para señalar (1) que Leiter utiliza una noción pre-teórica de «acuerdo» que es poco útil para lo que pretende sea una explicación teóricamente satisfactoria del funcionamiento de la práctica jurídica; (2) que si en cambio se embarcara en una elaboración más detallada de la noción de acuerdo podría (por supuesto: al menos desde una de las elaboraciones posibles) concluir que ni siquiera se requiere acudir a semejante noción, porque (a) el positivismo jurídico puede acaso anclarse en una noción de *convenciones-sin-acuerdo* y porque (b) una buena forma de resistir el desafío de Dworkin consiste en mostrar, cuando menos, que no parece haber mayores pruebas de que el desacuerdo *manifiesto* sea especialmente rampante en la práctica jurídica, esto es, que sí es razonable caracterizar al derecho al menos como comúnmente asentado en un terreno de no-desacuerdo¹³⁷.

1.3. Dos contrastes adicionales

Prosiguiendo ahora con la exposición de la respuesta de Leiter al desafío de Dworkin, encontramos también que sostiene que la explicación dworkiniana acerca del fenómeno del desacuerdo fundamental sólo procura dar cuenta del «valor superficial» del discurso jurídico, es decir, pretende (no otra cosa que) hacer justicia a

¹³⁵ En este punto Arena refiere al pie la conocida defensa de esta concepción en Rawls. Véase RAWLS, 1971/1999: 304-308.

¹³⁶ *Sic*. La idea se comprende bien a pesar de este defecto de redacción/editorial en la última línea.

¹³⁷ De acuerdo al mayor detalle con que pueda elaborarse la noción de *convención-sin-acuerdo*, podría alternativamente utilizársela como instrumento para darle aún mayor sentido, a su turno, a la noción de un terreno de *no-desacuerdo*, haciendo que (2.a) y (2.b) constituyan en definitiva la misma idea de fondo. No emprenderé aquí esa tarea, pero para el mentado mayor detalle sobre las *convenciones-sin-acuerdo* véase ARENA 2012: 282-287; ARENA, 2014: cap. 2; y BAYÓN, 2002.

lo que los hablantes literalmente dicen, sin revolverse sobre el contenido profundo, ni semántico ni pragmático, que yace en dicho discurso¹³⁸. Y aún más, Dworkin extraería consecuencias teóricas importantes sólo a partir de ello. Así, por ejemplo, si los operadores jurídicos dicen qué establece el derecho como si hubiera una única respuesta correcta al respecto, entonces debe haber una única respuesta correcta a ese respecto. Dworkin reconstruye un caso como «Riggs vs. Palmer» como si los votos de los jueces se opusieran en cuanto a la metodología interpretativa que ha de utilizarse¹³⁹. Pero de acuerdo con Leiter ni siquiera puede encontrarse en los votos nada que mencione una competición entre dos diversas metodologías interpretativas, de modo que finalmente Dworkin no sólo no puede dar cuenta de lo que Leiter llama el «significado *real o verdadero* de las decisiones» invocadas como ejemplo¹⁴⁰, sino que ni siquiera puede hacer justicia a ese «valor superficial» de los discursos (juicios, enunciados) jurídicos involucrados: a lo que aparentan literalmente decir.

Además de todo lo anterior, Leiter señala que en líneas generales el positivismo es preferible a la teoría del derecho dworkineana (y esto sería incluso si esta última diera mejor cuenta de los desacuerdos que parecen interesarle a Dworkin) porque, de acuerdo a los criterios más difundidos para la selección de teorías¹⁴¹, la supera en todos los aspectos. Así, el positivismo resultaría más consiliente, más simple y más conservador que la teoría dworkineana¹⁴². No entraré sobre esto porque excede lo que nos compete aquí, y porque, en general, esas afirmaciones de Leiter carecen de mayor respaldo argumentativo.

¹³⁸ Y en sus palabras: *hay múltiples contextos en los que los «valores superficiales» no son los que exige la explicación* (LEITER, 2009/2012: 82).

¹³⁹ En *Law's Empire*. Al igual que Ratti, Leiter señala que el tratamiento que al mismo caso da Dworkin en MR1 y en *Law's Empire* es distinto. Como Ratti también, Leiter analiza asimismo el caso «TVA vs. Hill» y concluye en una de las opciones de comprensión que señalara el autor italiano: en dicho caso se encontraría un desacuerdo puramente empírico acerca de cuáles eran las verdaderas intenciones legislativas (LEITER, 2009/2012: 92-93 y 95-96).

¹⁴⁰ LEITER, 2009/2012: 99.

¹⁴¹ Véase THAGARD, 1978. Para un breve y reciente tratamiento en el marco de la discusión metodológica en la teoría del derecho en particular, véase WALTON, 2012: 395-397.

¹⁴² LEITER, 2009/2012: 106-107.

2. Dos herramientas explicativas para el iusrealismo: la hipocresía y el error

2.1. Exposición

Podemos en consecuencia pasar a los dos elementos explicativos que a juicio de Leiter están a disposición del positivismo jurídico realista para dar adecuada cuenta del fenómeno del desacuerdo fundamental. Como adelanté, se trata de lo que llamaremos *teoría de la hipocresía* [(TH)]¹⁴³ y *teoría del error* [(TE)]. En situación de desacuerdo fundamental sobre el derecho, el teórico positivista parece que puede afirmar o bien que

(TH) al menos una de las partes (*lato sensu*, lo que incluye jueces, abogados, etc.) está siendo hipócrita, porque aunque sabe que el derecho no establece lo que ella afirma, sigue adelante con su decir para intentar modificar el derecho a su favor; o bien que **(TE)** al menos una de las partes se equivoca: cree de buena fe que el derecho regula la situación controvertida según lo que ella afirma, cuando en efecto no es así.

A la luz de esta idea, la existencia y *el contenido* del derecho depende de una serie de acuerdos en la sociedad (cuando menos de una parte relevante del conjunto de jueces). Los límites del derecho son los límites de los acuerdos existentes. El desacuerdo acerca del contenido del derecho sólo puede ser empírico (y no del diferenciado carácter «teórico» bosquejado por Dworkin)¹⁴⁴. Si el desacuerdo es fundamental, sobre los contenidos últimos del derecho, y lo suficientemente continuado en el tiempo y extendido entre diversos jueces, entonces quiere decir que simplemente no hay derecho establecido sobre la materia de que se trate. Y si no hay derecho establecido, las partes del desacuerdo obviamente se equivocan al afirmar que efectivamente hay algún contenido establecido (TE), o hacen afirmaciones *como si* lo hubiera, a sabiendas de que no es el caso (TH). Ninguna de estas dos explicaciones, sin embargo, reivindica el «valor superficial» del discurso normal de los participantes de la práctica jurídica y, como se ve, la (TH) presupone también que el error sobre lo que el derecho establece es posible (TE)¹⁴⁵.

Leiter toma la idea de explicar el desacuerdo en términos de una *teoría del error* siguiendo el conocido rumbo que Mackie persiguió para el análisis del lenguaje

¹⁴³ Pau Luque, reconstruyendo la respuesta de Leiter, denomina a este recurso *teoría del oportunismo*. LUQUE SÁNCHEZ, 2012b: 115.

¹⁴⁴ LEITER, 2009/2012: 81.

¹⁴⁵ LEITER, 2009/2012: 83.

moral. De acuerdo con Mackie, nuestro discurso moral funciona habitualmente describiendo a personas, acciones, situaciones, etc. como si poseyeran ciertas propiedades (ser buenas/malas, justas/injustas, etc.). Y dichas propiedades deberían tener, de acuerdo a lo que pretendemos hacer con nuestro lenguaje moral¹⁴⁶, la peculiar característica de constituir *imperativos [motivacionales] categóricos*, la de compeler de manera irresistible a la acción acorde con tales propiedades. En este sentido, el desacuerdo moral sería, justamente, un indicio de que no existen semejantes propiedades y ello supondría ulteriormente que nuestro discurso moral está *sistemáticamente* errado, en la medida en que refiere a esas entidades (propiedades) inexistentes¹⁴⁷. En el caso del discurso jurídico el error no sería sistemático, continuo y ubicuo, sino que estaría restringido a un pequeño número de casos. Y ello porque sí habría, en cambio, dónde encontrar adecuadamente los contenidos del derecho: en los acuerdos existentes al respecto en la comunidad. De aquí que para Leiter la teoría del error sea una buena explicación de ciertos tipos de desacuerdos fundamentales sin que por ello se mine el valor del positivismo en poner énfasis en el carácter convencional del derecho¹⁴⁸. Por el contrario, parece tener mucho sentido el hecho de que las partes puedan incurrir en error siendo que éste 1) se da en un restringido número de casos y 2) versa sobre cuestiones de elevada abstracción, como es la de cuáles son los criterios últimos de validez del sistema jurídico¹⁴⁹. El error del que se habla de la mano de esta explicación resulta, entonces, comparativamente marginal.

Por lo demás, Leiter ofrece (breves) respuestas a las objeciones que pusiera el propio Dworkin cuando éste se prefigurara esta clase de explicaciones como respuesta positivista¹⁵⁰. Dworkin había sostenido que si estas explicaciones fueran plausibles no se entendería la razón por la que la ciudadanía en general parece pensar que el derecho tiene regulaciones para toda situación social (es decir, carece de lagunas

¹⁴⁶ Guiar y evaluar nuestras propias conductas y las ajenas, esto es, incidir de manera *práctica* en las acciones humanas.

¹⁴⁷ MACKIE, 1977a: cap. 1 (esp. 38-42).

¹⁴⁸ LEITER, 2009/2012: 85. Uso aquí el término *convencional* en un sentido ordinario, no-técnico. Véase *supra*, sección II.1.2.2.2 de esta parte del capítulo.

¹⁴⁹ LEITER, 2009/2012: 91. Nótese al pasar que con esto se ofrece un buen ejemplo del continuo vaivén de Leiter en la consideración de lo que hace a los desacuerdos fundamentales: cuestiones (meta)interpretativas o cuestiones de reconocimiento.

¹⁵⁰ DWORKIN, 1986: 37-38.

normativas). Asimismo, sería sorprendente que en última instancia el conjunto de funcionarios judiciales operase engañando sistemáticamente al resto de la población. Finalmente, si los jueces operaran modificando de manera velada (hipócrita) el derecho establecido para acomodarlo en función de sus convicciones morales, tampoco se entendería cómo muchas veces fallan aclarando que no están sustantivamente de acuerdo con lo que el derecho —identificado por ellos en la manera en que lo hicieran— establece. Sobre esto Leiter simplemente sigue en parte a Shapiro, afirmando que el derecho es una práctica profesional de manera tal que las personas no versadas en él son en general ignorantes de las reglas de juego, y/o incluso temerosas de enfrentarse a las autoridades institucionales¹⁵¹.

2.2. *Censura*

2.2.1. La adecuación de una *Error Theory*

Luque ha criticado el recurso que Leiter hace a las ideas de Mackie para elaborar su (TE). A juicio de Luque, el punto central de la versión original de la teoría de Mackie, dirigida al análisis del discurso moral, es la cuestión de esas propiedades éticas cuya existencia parece imposible. Y, en este marco, lo especialmente relevante al efecto de esa imposibilidad es el carácter inderrotablemente motivacional que esas propiedades habrían de tener según Mackie. Luque señala que Leiter parece asumir que sí hay alguna clase de «propiedades jurídicas», de algún modo (no especificado) provenientes o dependientes de los acuerdos entre *officials*, que distinguen a lo jurídico y que harían que el discurso correlativo no esté en un error sistemático y global, sino sólo restringido a los casos de desacuerdo fundamental. Sin embargo, este tipo de propiedad es muy distinto al de las propiedades éticas de que habla Mackie, por el hecho de que no parece que el derecho ofrezca una guía categórica, inderrotable, de las conductas, ni siquiera para el caso de los jueces. Por otro lado, cuando presenta su teoría Mackie aclara expresamente que ni siquiera allí donde hay

¹⁵¹ LEITER, 2009/2012: 97. Una consideración que puede agregarse en esta misma línea sería referente al lenguaje derechamente arcano que en muchas oportunidades utilizan los operadores jurídicos, de manera que se obstruye en gran medida la comunicabilidad entre autoridades y ciudadanos de a pie. Esto parece particularmente notorio en escritos policiales, demandas y contestaciones de abogados y sentencias judiciales. Por otro lado, al último punto de Dworkin que se ha señalado (al que Leiter no responde directamente) puede contestarse aplicando las propias (TH) o (TE). Más allá de la referencia que Leiter hace al trabajo de Shapiro, véase SHAPIRO, 2011/2014: 353-356 para una exposición (y crítica) diferente de las respuestas de Leiter, así como para más

exigencias sociales (convencionales) es posible encontrar esa guía categórica de la conducta, de manera que las convenciones sociales tampoco podrían fundar la verdad del discurso moral¹⁵². En palabras de Luque:

para Mackie incluso cuando los juicios morales están respaldados y/o fundados en una institución social, como lo es la moral o la costumbre, el discurso moral sigue estando en error.¹⁵³

De este modo, Luque concluye que la *Error Theory* de Mackie no es buena aliada para Leiter, pues no casa apropiadamente con la idea de éste último de que el acuerdo social (en particular entre jueces) conforma propiedades y/o hechos jurídicos que a su turno funcionen como condiciones de verdad de los juicios jurídicos¹⁵⁴.

Creo que esta crítica es certera, aunque —como el propio Luque previene¹⁵⁵— no especialmente grave. El recurso a la obra de Mackie puede ser considerado algo así como una mera «fuente de inspiración» para Leiter y con ello marcarse una distancia entre ambas líneas argumentales. Pero por supuesto encontraríamos entonces la necesidad de que Leiter se explaye en consideraciones sobre cómo los acuerdos sociales determinan la verdad o corrección de los juicios jurídicos.

Aquí se abre espacio para lo que creo es una objeción más fuerte: como los juicios jurídicos de los participantes de la praxis del derecho (los *enunciados jurídicos internos*, en términos de Hart) son de carácter práctico, *normativo*, entre sus condiciones de verdad o corrección, es decir, entre sus premisas inferenciales, debe haber consideraciones también normativas. No sólo es el caso que Leiter no desarrolla una *concepción normativa* para defender que los acuerdos sociales determinan la verdad o corrección de los juicios jurídicos, sino que su desarrollo supondría el alejamiento del plano teórico en sentido estricto (conceptual-descriptivo —o al menos puramente descriptivo según su modelo naturalista—, neutral, aséptico) en el que él mismo dice pretender manejarse¹⁵⁶.

¹⁵² MACKIE, 1977a: 47-49.

¹⁵³ LUQUE SÁNCHEZ, 2012b: 125.

¹⁵⁴ LUQUE SÁNCHEZ, 2012b: 125-126.

¹⁵⁵ LUQUE SÁNCHEZ, 2012b: 126-127.

¹⁵⁶ La objeción puede entenderse, por el momento, al menos como una crítica interna consistente en una denuncia de inconsistencia entre los fines proclamados y lo efectivamente propuesto. Para un mayor detalle de esos «fines proclamados», véase LEITER, 2007/2012 (esp. los capítulos que componen la

2.2.2. Problemas con el *significado claro por defecto*

Ahora bien, reparemos en que Leiter sostiene, por un lado, las (TH) y (TE) como potenciales explicaciones del fenómeno del desacuerdo fundamental —recuérdese asimismo que la primera presupone la segunda— y, por otro lado, que opone a la *suposición de consistencia* de Dworkin su propia *suposición del significado claro por defecto* (que, asumimos —por un momento—, implica alguna forma de literalismo interpretativo). Más arriba ya se sugirieron algunos problemas respecto de esta suposición¹⁵⁷. Ahora me interesa ahondar sobre ellos señalando que la conjunción de estas dos posturas —su suposición + (TH)/(TE)— parece o pudiera quizás implicar una tesis muy fuerte, a saber, que la interpretación de acuerdo al significado claro es el criterio interpretativo no sólo más comúnmente utilizado sino (y presumiblemente por ello mismo) el criterio interpretativo *correcto*, en el sentido de que cuando deja de empleárselo se cae en el error de derecho¹⁵⁸.

Recordemos para ello el recorrido argumental de Leiter:

- (1) El derecho funciona mayoritariamente en un marco de acuerdos: en efecto, es el producto de una serie de acuerdos;
- (2) el desacuerdo fundamental es un fenómeno marginal;
- (3) la práctica jurídica, y en particular la práctica judicial, puede ser representada —ilustrando las dos ideas anteriores— como una pirámide: el acuerdo compone su base y sólo a medida en que se va subiendo hasta la cúspide pierde terreno frente al desacuerdo;
- (4) los desacuerdos fundamentales que interesan a Dworkin se dan únicamente en la cima de la pirámide, idea esta que ilustra su marginalidad;
- (5) la subida en la pirámide —esto es, el paso de los casos jurídicos desde instancias judiciales inferiores a otras superiores para su resolución— no implica necesariamente la continuidad de desacuerdos (fundamentales) velados, tácitos, porque no es

segunda parte de la obra). Asimismo, un mayor desarrollo, que vuelva la objeción también (o alternativamente) una crítica de carácter externo, requiere de una elaboración (por ejemplo, relativa al carácter normativo de los enunciados jurídicos internos) que se hará a partir del capítulo siguiente. Véase también *infra*, ns. 162-164.

¹⁵⁷ *Supra*, sección II.1.2 *in fine* de esta parte del capítulo.

¹⁵⁸ Justo a continuación se indagará brevemente algo más sobre qué puede constituir este «criterio» del significado claro.

necesario que a medida que se sube en el escalafón judicial se sostengan y encuentren los mismos criterios interpretativos, utilizados de manera sistemática y consistente;

(6) por el contrario, el recurso oportunista a métodos interpretativos diversos para los interesados granjearse así resultados favorables parece un hecho común;

(7) en el funcionamiento ordinario del derecho, esto es, en aquellos segmentos y ocasiones de la práctica jurídica en la que ésta exhibe una abrumadora mayoría de acuerdo, sus participantes rigen sus interpretaciones del derecho en línea con la *suposición del significado claro por defecto*;

(8) en los estratos superiores de la pirámide jurídica, donde en el ámbito de las máximas autoridades judiciales tienen lugar los desacuerdos fundamentales que inquietan a Dworkin, la suposición cede frente al oportunismo mencionado en (6);

(9) en casos de desacuerdo fundamental, quienes los mantienen, o bien son hipócritas —intentando cambiar a su favor el derecho, que saben que no avala sus intereses—, o bien están equivocados sobre el contenido real del derecho;

(10) si el desacuerdo es profundo, extendido entre la comunidad de *officials* y continuado, será porque, en particular, la equivocación sobre el contenido del derecho mencionada en (9) consistirá en que simplemente no hay derecho (pre)establecido acerca de la cuestión en disputa¹⁵⁹.

Pues bien, aún si no se trata de una prueba concluyente, confío en que este resumen de la argumentación de Leiter ya permita sospechar fuertemente que a ella subyace la asociación entre la operatividad de la *suposición del significado claro por defecto* con la *corrección* de los juicios acerca del derecho. En el esquema leiteriano, los desacuerdos fundamentales que interesan a Dworkin tienen lugar allí donde el ámbito del derecho ha sido traspasado, donde ya no lo hay. Las partes discordantes, que a ese nivel ya no recurren al significado claro del material jurídico, se equivocan (o son hipócritas) al sostener que está establecido y que tiene un cierto contenido. El significado «claro» (ordinario) nos revela el (verdadero) contenido del derecho salvo en un restringido número de casos. Ese número de casos es el de los desacuerdos fundamentales a que se refiere Dworkin. En esa clase de casos cunde el error, porque no hay derecho preestablecido. De lo que parecería poderse colegir que sólo hay

¹⁵⁹ Podrá notarse que el paso (8) del argumento no es propiamente tal, en el sentido de que constituye básicamente una mera repetición del paso (6). Lo incluyo simplemente a efectos narrativos.

derecho donde hay significados claramente detectables, que no den lugar a disputas genuinas y honestas. Eventualmente, incluso se pueda tal vez inferir, a partir de la argumentación de Leiter, que si en un desacuerdo fundamental alguno de los intervinientes favorece una interpretación del derecho según el significado claro, llevará —en virtud de ello— la razón.

Esto parece altamente contraintuitivo. La práctica jurídica es una fuente amplísima de métodos y cánones interpretativos¹⁶⁰. Aunque estimo que la enorme cantidad de formas de interpretación al uso (jurídico) no necesariamente acarrea una directamente proporcional diversidad de resultados interpretativos igualmente acertados¹⁶¹, me parece claro que es una exageración pretender que toda interpretación que no responda al solo modelo de la elucidación del significado que de ordinario tienen términos y expresiones está, simplemente por eso, errada.

Por otra parte, la calificación de la *corrección* de un método interpretativo por sobre otros, de la manera rotunda que se sigue de esta lectura de Leiter, representa un salto de nivel del discurso: la corrección de un método interpretativo y de los resultados interpretativos obtenidos por su aplicación depende en parte de argumentos normativos que un teórico, operando desde fuera de la práctica, y por ende con un metalenguaje, no puede poner en juego. En este sentido, el discernimiento cabal de la corrección sólo es posible para los participantes de la práctica y si el teórico afirma de manera rotunda la corrección de un método por sobre otros, habrá pasado desde su posición de segundo orden, externa, de observador y analista, a una de primer orden, interna, propia de un participante de la práctica¹⁶².

¹⁶⁰ Véase CHIASSONI, 2007/2011 (esp. cap. 2); TARELLO, 1980/2013 (esp. cap. 8); GUASTINI, 2008/2010: cap. 2.

¹⁶¹ En el apéndice a este capítulo presento un argumento en esta dirección.

¹⁶² Aunque sí es el caso que entre el lenguaje de primer orden del participante y el metalenguaje teórico hay una relación de ajustamiento recíproco, de manera que la teoría puede al menos constreñir, en términos de corrección, algunos enunciados de primer orden. Todo esto representa ni más ni menos que *el punto central de este trabajo de tesis*, de modo que su adecuado desarrollo tomará algo más de tiempo y espacio. Por el momento dejo constancia de que en estas líneas puede presentarse una crítica a la propuesta de Leiter. En igual sentido es criticable su tesis de que allí donde hay desacuerdo profundo, extendido y continuado, simplemente *no hay derecho* sobre la materia en controversia: de nuevo, esta tesis no es propiamente teórica, sino correspondiente al lenguaje de primer orden de los participantes de la práctica jurídica. Pero la elaboración de estas ideas discurrirá de a poco: comenzando en el apéndice a este capítulo y pasando por el capítulo siguiente, hasta completarse en el capítulo conclusivo. Por otro lado, véase la siguiente nota.

Sin embargo, Leiter podría responder que —a pesar del vocabulario con el que la presenta— su *suposición del significado claro por defecto* no representa el parámetro (normativo) de corrección de los juicios jurídicos, sino que es sólo un indicador epistémico: el derecho normalmente está establecido a través de un lenguaje claro, ordinario, que no amerita conflictos interpretativos¹⁶³. Pero si esto es verdad, entonces los casos en que los significados no son tan claros (son puestos en duda), entre los que parece se incluyen los casos de desacuerdo fundamental, no son necesariamente casos de ausencia de derecho establecido y por ende el recurso a la (TE) para explicarlos constituye una petición de principio, a menos que se la abone con argumentos ulteriores. La alternativa —la falta de esa argumentación ulterior— equivale a simplemente carecer de una explicación, como el dedo acusador de Dworkin señala desde el inicio.

No obstante, Leiter tiene abierta otra línea de defensa: puede refugiarse en la falta de explicitación del contenido de su *suposición del significado claro por defecto* y sostener que lo que he señalado tras resumir su argumentación en realidad explica la enorme laxitud del criterio interpretativo que subyace a dicha suposición, porque en propiedad se ha mostrado que la «claridad» del significado de una disposición jurídica parece depender sólo de la convergencia¹⁶⁴. Así, por ejemplo, si se converge en interpretar una cierta disposición de acuerdo a una intención legislativa aparentemente detectada en común (y no según el significado literal ordinario), el producto de esa interpretación será el significado «claro» también.

¿Sería esta otra una buena defensa? Veamos.

El autor estadounidense opone a la «centralidad del desacuerdo», de Dworkin, su «centralidad del acuerdo». Para ello resalta la aparentemente enorme diferencia cuantitativa de uno y otro en la praxis y parece ofrecer su *suposición del significado claro por defecto* como una *explicación* de esa diferencia. Ahora bien, según esta

¹⁶³ Otras partes del trabajo de Leiter sobre los desacuerdos que estoy usando (e.g., LEITER, 2009/2012: n. 100), así como el enfoque metodológico pragmático-naturalista que de manera muy conocida él viene apoyando desde hace tiempo para la teoría del derecho en general (véase LEITER, 2007/2012), abonan esta otra lectura como la más adecuada.

¹⁶⁴ Y, ulteriormente, la convergencia determinaría el contenido del derecho, de manera que la *corrección* de los juicios jurídicos de los participantes de la práctica (los «enunciados jurídicos internos» de que hablaba Hart) dependería de su consistencia con los contenidos sobre los que hay una convergencia factual. Creo que esto es un error, porque implica desconocer el carácter normativo de este tipo de juicios, pero trataré el asunto a partir del capítulo siguiente.

nueva defensa la «claridad» en el significado de las disposiciones depende sólo del acuerdo, y no del concreto detalle de las metodologías interpretativas que puedan usarse (es decir, de la metodología interpretativa que subyazca a dicha suposición). Mi crítica a esta forma de respuesta puede ser planteada como el siguiente dilema: o bien lo último mencionado es correcto y la *suposición del significado claro por defecto* sólo vincula claridad a acuerdo, pero en ese caso resulta superflua y por ende la respuesta de Leiter a Dworkin falla por carecer de una explicación de fondo¹⁶⁵; o bien dicha suposición posee (y constituye) un genuino contenido informativo (en términos de una forma de interpretación), en cuyo caso Leiter está en falta por el simple hecho de que no lo ofrece, no lo elucida, dejando trunca su respuesta.

Con mi argumento espero entonces haber mostrado que el rol que Leiter le hace jugar a su *suposición del significado claro por defecto* tiene una relevancia interna mucho mayor de la que él parece reconocerle¹⁶⁶. Y en este sentido, el hecho de que no explicite más el contenido de dicha suposición se canjea por una objeción¹⁶⁷ que según creo resulta mucho más relevante de lo que quizás hubiera podido parecer a primera vista¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Explicación en concreto de la diferencia cuantitativa entre desacuerdos y acuerdos, que es vital para tener certezas sobre una cuestión (conceptual) que es, en propiedad, lógicamente anterior, a saber: ¿es el «masivo acuerdo», en definitiva, un hecho y no una mera apariencia? Sin una explicación semejante, y quedándonos sólo con lo sostenido por Leiter, resulta –si mi argumento es correcto– el círculo vicioso de que el acuerdo se explica por el acuerdo. Con ello, obviamente, se carecen de razones relevantes para dar por buena la «centralidad del acuerdo» frente a la «centralidad del desacuerdo» que subraya Dworkin.

¹⁶⁶ Sobre el final de su artículo crítico de la propuesta de Leiter, Luque afirma que la tesis de fondo de Leiter es «una teoría ecléctica de la interpretación jurídica». Véase LUQUE SÁNCHEZ, 2012b: 126. Según creo, en ese contexto se trata de una afirmación un tanto curiosa, porque allí no se encuentra prácticamente nada con qué abonarla. Pero me parece que el argumento aquí expuesto permite adicionalmente darle a la misma –con algo de buena fortuna– un poco más de sustancia.

¹⁶⁷ Una de dos objeciones, al menos, según se ha visto.

¹⁶⁸ En LEITER, 2011/2012 nuestro autor sostiene, de manera un tanto sorprendente, que la cuestión de la demarcación entre las normas jurídicas y las normas morales es una empresa carente de sentido desde el punto de vista práctico y también desde el teórico. En este último caso, al menos bajo una cierta concepción *esencialista* de los conceptos y del trabajo que la teoría del derecho «tradicional» pretende hacer del concepto de DERECHO y de los demás característicos del mundo jurídico (respecto de estas últimas cuestiones he expuesto algo en RAPETTI, 2015a y RAPETTI, 2015b; véase SCHAUER, 2012; SCHAUER, 2015 y su discusión en SPAAK, 2016). Tomado en serio este rechazo a la demarcación, uno podría afirmar que Leiter es, como mínimo, pragmáticamente inconsistente al siquiera intentar responder al desafío de Dworkin al positivismo jurídico (más aún dadas sus recomendaciones sobre el tipo de trabajo académico que –¿de manera exclusiva?– vale la pena realizar en nuestros días: LEITER, 2011/2012: 240). Aquí he preferido tomar en serio su propuesta entendiendo, caritativamente, que hay formas de salvar esa posible objeción. Una de ellas es, por ejemplo, que un teórico como Leiter, ardiente defensor de un programa metodológico naturalista para la teoría jurídica, puede bajo el manto de éste encontrar interés teórico en la cuestión demarcatoria y en las demás que son lógicamente dependientes de ella,

III SÍNTESIS

En esta segunda parte he analizado críticamente la respuesta que Brian Leiter ofrece al desafío de Dworkin basado en el fenómeno del desacuerdo fundamental en el derecho. Los elementos centrales de dicha respuesta y el núcleo crítico que para cada uno de ellos he presentado son los que siguen.

En primer lugar, para Leiter, mientras que Dworkin no muestra que el fenómeno del desacuerdo fundamental sea genuinamente distintivo del funcionamiento normal de las prácticas jurídicas de nuestra circunstancia, el positivismo jurídico (de corte hartiano) tiene el gran mérito de dar cuenta —en forma simple y teóricamente conservadora— de cómo el derecho más bien se caracteriza, al contrario, por operar bajo un amplio margen de acuerdos sociales y por ser, de hecho, producto de ellos. El funcionamiento del derecho, y en particular del sistema judicial, puede en términos cuantitativos ser representado como una pirámide en donde los desacuerdos fundamentales pueden encontrarse apenas en la cúspide, lo que equivale a decir que son marginales, secundarios.

A esto se ha objetado que Leiter se basa en demasiado poca y débil evidencia para concluir en el acuerdo jurídico generalizado que proclama. Adicionalmente, se ha puesto de manifiesto lo difícil que resulta evaluar en detalle su apreciación del funcionamiento de la praxis, en la medida en que no es en absoluto claro qué es lo que entiende por semejante (grado de) «acuerdo», y señalando que el positivismo parece tener a disposición, de la mano de la noción de *convenciones-sin-acuerdo*, un aparato conceptual en principio compatible con sus tesis características pero que no recurre a la noción de «acuerdo» (en una elaboración algo más precisada de esta última).

En segundo lugar, se ha expuesto el detalle de la (TH) y la (TE), los dos grandes recursos explicativos del fenómeno de los desacuerdos fundamentales que a juicio de Leiter tiene a disposición el positivismo jurídico para responder a Dworkin. Las partes involucradas en un desacuerdo jurídico fundamental son, o bien hipócritas, en el sentido de que al menos una de ellas está intentando cambiar en su propio favor el

como la de si el fenómeno de los desacuerdos jurídicos fundamentales es una muestra de una conexión necesaria entre derecho y moral.

derecho establecido, o bien están simplemente equivocadas, porque en el contexto de los desacuerdos fundamentales simplemente no hay un derecho preestablecido a descubrir.

A este aspecto de la respuesta de Leiter se lo ha evaluado mostrando las muy importantes conexiones que tiene con otros elementos de su propuesta que en principio podrían parecer más bien periféricos, secundarios. En este sentido, el alegado acuerdo que caracteriza a la práctica jurídica y la falta de derecho preestablecido en el contexto de los desacuerdos fundamentales se explicaría por la operatividad de un criterio interpretativo de las disposiciones jurídicas basado en los significados ordinarios de los términos y expresiones a través de los cuales el derecho está elaborado. Mostrada la seria dependencia de la explicación positiva que ofrece Leiter acerca de los desacuerdos fundamentales, se pone con ello de relieve el alto costo que tiene en ella la falta de una mayor elaboración del criterio interpretativo mentado. Asimismo, está la cuestión de la dificultad para discernir si la referencia de Leiter a dicho criterio interpretativo es normativa o epistémica. En el primer caso, Leiter estaría cuando menos a merced de una nueva crítica: la de la inconsistencia metodológica, en la medida en que su programa, ampliamente pragmático-naturalista, abjura de la teorización normativa. En el segundo caso, esto es, entendiendo que la referencia de Leiter a ese poco detallado criterio interpretativo es de tipo epistémico (un relevamiento empírico), la objeción que se despeja es que sus conclusiones son infundadas, en particular la tesis de que allí donde hay desacuerdos fundamentales necesariamente no hay derecho preestablecido.

Sin embargo, a partir del trabajo de Leiter acerca de los desacuerdos jurídicos fundamentales he sugerido un elemento que creo relevante para la teorización del fenómeno, a saber, que hay buenas razones para centrar la atención en el desacuerdo fundamental *sólo en la medida en que éste sea manifiesto*, y que aún en caso de no haber pruebas concluyentes del acuerdo masivo vindicado por Leiter para nuestras prácticas jurídicas, el positivismo parece tener una forma de prevenirse contra el ataque de Dworkin en la alegación del *no-desacuerdo*. Esto es, a falta de desacuerdos fundamentales manifiestos, expresos, el positivismo jurídico parece seguir sobre terreno firme. La prueba del desacuerdo está, por supuesto, en quien lo alega y, en la

vereda de enfrente, la simple falta de desacuerdo parece obviamente más sencilla de mostrar que el cabal acuerdo.

APÉNDICE: Sobre realismo jurídico y escepticismo interpretativo

To say that a discipline is cognitive if, and only if, it has a well-defined foundation is to claim that there is very little, if anything, that we can be said to know. If it be further required that this foundation be established in some universe of discourse other than itself, then there is nothing that we can know...

(J. Brennan, *The Open-Texture of Moral Concepts*[†])

I

INTRODUCCIÓN: EL CONOCIMIENTO SEGÚN EL ESCEPTICISMO INTERPRETATIVO

Como en su momento he indicado¹⁶⁹, la primera respuesta iusrealista al desafío dworkineano que se ha revisado en este capítulo es en buena medida dependiente de la adopción de una postura escéptica en términos de teoría de la interpretación. En este apéndice me ocuparé directamente de una forma muy difundida de escepticismo interpretativo, que a su vez es definitoria de una importante versión en la que se nos presenta la teoría realista del derecho, entendida a su vez como una especie particular del género de las teorías iuspositivistas¹⁷⁰.

Para Riccardo Guastini, el realismo jurídico está caracterizado fundamentalmente por tres tesis, de tres tipos correspondientes: una tesis metodológica (respuesta a la pregunta sobre qué tipo de actividad es la interpretación de textos jurídicos), una ontológica (respuesta a la pregunta sobre qué clase de entidad es el derecho) y una epistemológica (respuesta a la pregunta sobre en qué consiste el conocimiento acerca del derecho)¹⁷¹.

La tesis del realismo metodológico según Guastini supone la distinción entre dos actividades diferentes de la práctica jurídica a las que se alude con un mismo término: «interpretación». Aquí yace mi interés concreto. Porque de acuerdo con esta

[†] BRENNAN, 1977: 10.

¹⁶⁹ Véase *supra* n. 51 y el texto al que acompaña.

¹⁷⁰ El carácter positivista del realismo jurídico está casi unánimemente aceptado en nuestros días. Todos los realistas jurídicos son positivistas, aunque la conversa no se sostiene: no todo positivista es un realista jurídico. Véase LEITER, 2007/2012: 83, 85, n. 145, y cap. 2.

¹⁷¹ GUASTINI, 2015: 45.

distinción, por un lado tenemos la interpretación *cognitiva*, consistente en el análisis de un texto a la luz de los diversos cánones y métodos interpretativos vigentes o admisibles en una determinada comunidad para así relevar los significados correspondientemente admisibles para dicho texto, y por el otro tenemos la interpretación *adjudicativa* o *decisoria*, consistente en la adscripción de uno de los significados relevados primeramente (rechazando los otros) a la disposición bajo examen¹⁷². Para Guastini, en las propias denominaciones de estas actividades se ofrece ya un importante elemento de caracterización: sólo la interpretación cognitiva supone la realización de una actividad directamente relacionada con (tendiente a) la obtención de conocimiento en el campo jurídico. Al tratarse de una actividad cognitiva, los resultados de la interpretación, en este sentido, son susceptibles de verdad o falsedad, de corrección o incorrección. Así, será posible equivocarse sobre cuáles son los cánones o métodos interpretativos admisibles y aplicables, y por ende sobre los (diversos) significados admisiblemente atribuibles a un texto; como será también posible errar en la aplicación de esos cánones o métodos y por ende atribuir a un texto un significado que no está en consonancia con la metodología interpretativa que se pretendió emplear.

Por su parte, la interpretación adjudicativa es para Guastini un acto volitivo y valorativo¹⁷³, y por ende su resultado no es susceptible —según su criterio— de verdad o falsedad, o de corrección o incorrección, si no es simplemente como mejor o peor ajustado a ciertos fines específicos, de acuerdo a algún determinado parámetro evaluativo puesto o presupuesto¹⁷⁴.

Ahora bien, un tipo de resultado posible de una interpretación adjudicativa en el contexto que nos ocupa no es otro que la emisión de una norma prescriptiva por

¹⁷² Guastini en ocasiones traza una distinción tripartita, refiriéndose además a lo que llama «interpretación creativa», y que consiste en atribuir a una disposición jurídica un contenido normativo no incluido entre aquellos identificados por la interpretación cognitiva (véase GUASTINI, 2011/2012: 16). A veces ha optado por incluirla como un subtipo de la interpretación decisoria, distinguiendo dentro de ella la versión «propriadamente dicha» o «estándar», de la versión «creadora» (GUASTINI, 2011/2014: 46). Esta actividad no es relevante a los fines que aquí me propongo; el interés estará centrado en la distinción cognitiva/adjudicativa.

¹⁷³ Véase también NINO, 1979/1993: 16-18.

¹⁷⁴ Tanto el trazado de la distinción como su caracterización específica son tributarias de lo sostenido al respecto por Hans Kelsen. Véase KELSEN, 1960/1979: cap. 8.

parte del juez-intérprete¹⁷⁵. Una norma en este sentido supone un uso prescriptivo del lenguaje y con ello no es posible predicar la verdad o falsedad de ésta, que es la decisión del juez. Las prescripciones, como tales, no describen nada (aún cuando presupongan, *e.g.*, la descripción de un supuesto de hecho, al que adjuntan una determinada consecuencia normativa). Pero la cuestión es que de acuerdo con Guastini, no es la formación y emisión de una norma lo que constituye un acto puramente volitivo, sino la propia interpretación adjudicativa. En efecto, de acuerdo con la consabida distinción (en su presentación, digamos, «clásica») las normas no son sino la interpretación-producto de disposiciones normativas¹⁷⁶. En el contexto de la interpretación judicial, entonces, la actividad en procura de conocimiento se agota según Guastini en el relevamiento de significados admisibles para los textos a interpretar, de acuerdo con los métodos y cánones vigentes. En otras palabras, la clase de las respuestas jurídicas correctas —en el sentido de interpretaciones-producto— sería coextensiva con la clase de las respuestas jurídicas admisibles (esto es, obtenidas por la aplicación de cánones interpretativos admisibles).

Como intentaré mostrar en lo sucesivo, esta imagen de la relación entre interpretación y cognición en el campo del derecho (¿solamente?) es de dudosa coherencia. Y esta es sólo una de las razones por las que, creo, deberíamos rehusarnos a aceptarla. No obstante, más allá de los argumentos en polémica directa con las tesis escépticas, terminaré (sección VI) por resaltar una «virtud» (teórica) de éstas.

¹⁷⁵ No es el único tipo posible, en principio, porque una sentencia puede también, *e.g.*, limitarse a declarar la (in)validez de una norma. Podría acaso pensarse que no obstante toda declaración de esta clase puede asimismo reconducirse a (formularse en términos de) un enunciado prescriptivo. Pero esta es una cuestión controversial en la que no hace falta adentrarse aquí. Señalo el caso-tipo de las decisiones prescriptivas por la posible relevancia, en este contexto de discusión, de ese carácter prescriptivo: resultaría palmario el alejamiento de lo puramente cognitivo. Véase también *infra*, sección IV.1 del presente apéndice.

¹⁷⁶ De manera que la distinción tiene carácter analítico y no fenoménico. Como dice Guastini, entendida como *proceso*, la interpretación es una actividad mental, y entendida como *producto*, es más bien un discurso (GUASTINI, 2011/2014: 32). Las normas, de acuerdo con Guastini, son esos discursos. En este sentido, tanto la interpretación cognitiva como la decisoria han de ser entendidas como actividades.

II

METODOLOGÍA Y CONSISTENCIA

Una preocupación constante de la metodología positivista en el estudio del derecho, metodología que Guastini comparte y pretende implementar, es la de desarrollar dicho estudio de la manera lo más aséptica posible, evitando entonces la realización de valoraciones. En efecto, es esta una forma en que caracterizar mínimamente al positivismo jurídico. En la clásica reconstrucción de Bobbio, el positivismo metodológico, núcleo o corazón de la tradición positivista, consiste justamente en un acercamiento avalorativo al derecho, libre de compromisos éticos¹⁷⁷. La «receta» positivista parece en este sentido dirigida fundamentalmente a la labor de los juristas, entendidos éstos como los estudiosos del derecho. Se trata de la receta, en efecto, de que orienten su labor al derecho positivo (y no a un derecho suprapositivo, ideal) y de que lo hagan de manera descriptiva y no comprometida con los valores que el derecho positivo encarne o deje de encarnar.

Por supuesto que se trata de una idea discutida, no sólo entre los críticos del positivismo sino también dentro del espectro de autores autodenominados positivistas; en este último caso, en el sentido de si se trata de una tesis verdaderamente definitoria o característica del enfoque positivista¹⁷⁸. Asimismo, en los últimos años se ha intensificado la discusión *general* acerca de la metodología a ser adoptada por la propia teoría del derecho¹⁷⁹. Para empezar, podría pensarse que el sólo hecho de considerar que el positivismo aporta o supone una «receta» para realizar la labor de jurista o dogmático del derecho positivo, podría indicar que la teoría del derecho positivista no aplica en puridad la asepsia valorativa que pregona. Una forma de responder a esto puede pasar por la distinción entre los niveles de discurso en que operarían los juristas por un lado y los teóricos del derecho por el otro; otra forma —independiente pero no incompatible con la primera— consiste en la distinción entre los tipos de valores en juego: el positivista defiende la abstención de juicios morales respecto del derecho, y las razones por las que lo hace (los valores que

¹⁷⁷ BOBBIO, 1965/1997: 41-43.

¹⁷⁸ Véase DICKSON, 2001; FERRER BELTRÁN, MORESO & PAPAYANNIS, 2012.

¹⁷⁹ Véase, *e.g.*, BIX, 2006; GIUDICE, DEL MAR & WALUCHOW, 2010; LEITER, 2007/2012; PERRY, 2002.

apoya al hacerlo) no son de tipo moral, o al menos no lo son directamente, sino de tipo epistémico¹⁸⁰.

No es necesario, sin embargo, hacerse cargo de toda esta discusión en el presente contexto. Para mis propósitos actuales, en cambio, basta con mencionar lo siguiente. La vigencia o admisibilidad de ciertos métodos/cánones interpretativos (por contraste con otros no vigentes o inadmisibles) supone el juego de algún tipo de criterio normativo, que en su caso puntual, Guastini parece no elaborar. La noción de la *admisibilidad* de ciertos cánones interpretativos por diferencia de otros es lo que lleva a caracterizar como *moderado* al escepticismo interpretativo de Guastini¹⁸¹. Se trata de la idea de que hay un parámetro con el que predicar la significación de términos y expresiones aun antes de la realización de un acto interpretativo concreto. Los términos y expresiones tienen significados antes de que alguien los interprete; serán significados múltiples: la pluralidad de significados que se pongan de manifiesto tras la aplicación de los criterios interpretativos admisibles¹⁸². En este sentido, los significados no son conocidos antes de la interpretación (cognitiva), pero esto no quiere decir que de una manera importante no «estuvieran allí desde antes»¹⁸³. Ello distingue a esta versión moderada de una más *radical*, de acuerdo con la cual no hay significado con carácter previo a la asignación de éste hecha por medio de la interpretación¹⁸⁴. El costo de esta moderación pasa por la necesidad de explicitar los criterios con los cuales se puede predicar la (in)admisibilidad de ciertos cánones interpretativos.

¹⁸⁰ Valores relacionados con la optimización de la posibilidad de obtener conocimiento genuino y confiable del derecho. Se trata de valores que son recomendados para muchas otras disciplinas, en general para la construcción de análisis y teorías, y en particular cuando son de tipo científico. Esto es especialmente relevante si se reconoce, como suele hacerse en la actualidad, que es a través de la ciencia como mayoritaria y fundamentalmente somos capaces de obtener conocimiento acerca del mundo. Este punto se manifestará como de especial interés en el curso del argumento que se ofrece en la siguiente sección, relativo a la relación entre el escepticismo interpretativo y el margen que éste otorga a la posibilidad de obtener conocimiento, en particular (pero, según se argumentará, no sólo) del derecho. Véase, *e.g.*, DICKSON, 2001; WALTON, 2012. Para una discusión: PRIEL, 2012; PRIEL, 2014. Con esto y lo dicho en el cuerpo de texto excluyo a los autores enrolados en el llamado *positivismo normativo, ético o prescriptivo*, quienes recomiendan o instan que la praxis jurídica suponga una identificación del derecho libre de valoraciones morales, precisamente en virtud de valoraciones morales y políticas. Como ejemplos puede mencionarse a CAMPBELL, 1996 y LAPORTA, 2007.

¹⁸¹ Para un ejemplo entre otros: LIFANTE VIDAL, 2012: 61.

¹⁸² GUASTINI, 2008/2010: 139.

¹⁸³ Podría decirse que la interpretación provee así de un acceso epistémico a algo que es metafísicamente preexistente, o al menos semánticamente preexistente.

¹⁸⁴ Así TROPER, 2012.

Guastini sin embargo no parece pagar este costo, al no ofrecer razones a partir de las cuales explicar, ni mucho menos justificar, la admisibilidad de ciertos cánones y no de otros. De este modo, parece tener a cuestas una doble carga: por un lado, la de explicitar cuáles son los criterios de admisibilidad; por el otro, la de mostrar que la introducción de dichos criterios no responde a un mero juicio normativo (político, moral, etc.), porque de lo contrario mal podría decirse que su propio trabajo teórico responde al modelo de análisis conceptual aséptico que él mismo propugna. Si así fuera, la suya sería una tesis acerca de qué es lo que debe contar como justificación interpretativa sostenible en el ámbito judicial, más que una elucidación *conceptual* de qué es lo que en efecto cuenta como justificación interpretativa.

Guastini podría intentar responder de un modo puramente pragmático¹⁸⁵ diciendo que la admisibilidad de los criterios está simplemente dada por los usos de ciertos cánones interpretativos y no otros. Los cánones interpretativos admisibles son tales porque son los que efectivamente se utilizan en la praxis interpretativa en sede judicial. Si queremos entender y explicarnos cómo funciona de hecho la interpretación judicial, es allí donde debemos hurgar, porque sólo de este modo podremos obtener conocimiento útil, que nutra la ulterior consecución de tales o cuales fines prácticos (*e.g.*, la predicción de decisiones judiciales, el refinamiento de la litigación, etc.).

Ahora bien, por supuesto que esta salida pragmática no deja de tener carácter normativo. En sí misma es un intento de *justificación*, frente a la posibilidad de caracterizar la admisibilidad de ciertos cánones interpretativos de otros modos, en virtud de otros criterios. No me interesa extender la discusión de esta posible salida de Guastini, sino sólo en cuanto a su coherencia interna: si aceptamos la justificación pragmática para la admisibilidad de ciertos cánones frente a otros, ¿por qué no aceptar también una justificación del mismo tipo para la corrección de respuestas jurídicas concretas (interpretaciones-producto)? Desde luego, la admisión de esto último tendría consecuencias lesivas de la tesis del iusrealismo metodológico, porque pondría en cuestión que los significados correctamente atribuibles a una determinada disposición sean los correspondientes a los cánones admisibles que se manejen en la

¹⁸⁵ De un modo análogo a aquel con el que Brian Leiter brega por una general «naturalización de la teoría del derecho», basado en el proyecto epistemológico de W. V. O. Quine. Véase LEITER, 2007/2012: caps. 1, 4 y 6; QUINE, 1969: cap. 3.

comunidad de intérpretes: a pesar de la diversidad de cánones, es posible que haya soluciones interpretativas (únicas o menos que las que se seguirían como disponibles de la aplicación de todos los cánones admisibles) establecidas para ciertas disposiciones, y en casos así habrá que reconocer —vía criterio pragmático— que la corrección está dada por la confluencia en esas soluciones, a pesar de la mayor cantidad de interpretaciones posibles (por causa de la mayor diversidad de cánones admisibles). Por plantear la cuestión de otro modo, ¿por qué habríamos de tomar el «valor superficial» de la práctica interpretativa judicial para justificar la admisibilidad de ciertos cánones interpretativos, pero no tomar también el «valor superficial» práctico para justificar opciones interpretativas concretas (producto) que redunden en una reducción de la clase de las respuestas jurídicas correctas frente a la clase de respuestas jurídicas «admisibles»?

Evidentemente, el escéptico tiene vedada la réplica de que la admisibilidad de los cánones ha de verificarse caso a caso y que por ende cuando hay interpretaciones-producto lo suficientemente extendidas (o, digamos, «practicadas») es falso que haya una mayor pluralidad de cánones interpretativos admisibles¹⁸⁶. Si dicha admisibilidad ha de evaluarse caso a caso, habrá que hacerlo —¿cómo, si no?— interpretando. Pero entonces toda la tesis iusrealista metodológica se ve obviamente licuada, privada de fuerza y de contenido genuinamente informativo¹⁸⁷.

Si en cambio pretende el escéptico negar que la salida pragmatista, aun cuando rige para evaluar la admisibilidad de los cánones, rija también para evaluar el nivel de las respuestas jurídicas concretas, vuelve con ello al problema inicial: ¿cuál es el criterio (meta)normativo para emplear la estrategia pragmatista en un nivel pero no en el otro? La salida final consistiría en sostener que aunque se aplica el mismo criterio pragmático en ambos niveles, éste sólo permite *de hecho*, por causa de cómo efectivamente se dan las prácticas interpretativas en sede judicial, derivar resultados (la predicación de admisibilidad) respecto del nivel de los cánones, pero no del de las interpretaciones-producto. Está claro que es el propio escéptico, en ese caso, quien tiene la carga de mostrar con estudios empíricos serios que tal es la situación de hecho.

¹⁸⁶ Pero véase GUASTINI, 2008/2010: 149-150.

¹⁸⁷ En LIFANTE VIDAL, 2012: 73-74 se puede encontrar un argumento similar.

III

EL ESCEPTICISMO Y EL PROBLEMA DEL CONOCIMIENTO ESPECÍFICO

Si algo fuese cognoscible, sería incomunicable...

(Gorgias, «Tercera tesis»[†])

Al margen de lo visto en el punto anterior, me concentraré ahora en una paradójica consecuencia de la posición escéptica aquí analizada. Se trata de que, entendido en sus mismos términos, el realismo jurídico mismo no es susceptible de verdad o falsedad, o de corrección o incorrección. Resultaría, en suma, una óptica sobre el derecho que se *decidiría* o elegiría tener (tal vez incluso de manera puramente emotiva), pero que no sería genuinamente informativa precisamente por depender de elementos volitivos, esto es, no-cognitivos. Veamos.

La tesis del iusrealismo metodológico, que es la que he reconstruido, representa a la vez que asume ciertas visiones sobre la interpretación. Distintivamente, la caracterización que hace sobre la interpretación adjudicativa. Guastini cita, por ejemplo, a Giovanni Tarello, y sostiene que su perspectiva le adeuda mucho a la teoría tarelliana de la interpretación¹⁸⁸. Uno estaría tentado a decir que asume ciertos conocimientos sobre en qué consiste la interpretación; uno estaría tentado a decir también que en efecto hay algo así como una teoría tarelliana de la interpretación que puede estudiarse y conocerse. Pero en el juego del escepticismo esto nos está vedado. Nosotros podemos tomar la obra de Tarello y dedicarnos a estudiarla, y con ello podremos, tal vez, reivindicar luego al menos un superficial conocimiento de dicha obra. Pero por supuesto que habrá momentos durante nuestro estudio en que nos surgirán problemas interpretativos: dejaremos de lado el significado literal de una cierta frase de Tarello para entenderla de manera que armonice con un cierto contenido homogénea o consistentemente manifestado en otras secciones de sus textos, nos preguntaremos qué habrá tenido en mente Tarello cuando escribió tal o cual adjetivo que nos resulta oscuro o lejano en la caracterización de aquel sustantivo al que califica, etc. De acuerdo a diferentes estrategias

[†] Véase en AA.VV., 1982/2007: 106-116.

¹⁸⁸ GUASTINI, 2015: 46, ns. 4-5.

interpretativas, por supuesto, nuestras conclusiones —la manera en que atribuimos significado a esos pasajes o términos problemáticos— pueden variar. Sin embargo, la idea de que al final de nuestro estudio *conoceremos* (al menos, un poco más de) la obra de Tarello, requiere que nuestra labor haya sido cognitiva. No habremos decidido cuál es la teoría tarelliana de la interpretación, sino que la habremos descubierto, aprendido.

Ahora bien, si uno se toma de lo sostenido por el propio Guastini, debe admitir que al menos allí donde surgen problemas de interpretación de la obra de Tarello, la actividad cognitiva se agota en el relevamiento de los significados posibles según las diferentes estrategias interpretativas disponibles y la elección de uno de ellos por sobre los otros es en sí misma un alejamiento de la empresa del conocimiento. Por causa de estos alejamientos, nuestra final «comprensión» de la teoría tarelliana será, como la decisión adoptada por el juez en un caso frente a sus estrados, no susceptible de verdad o falsedad. Tendremos que reconocer que no habremos descubierto ni aprendido, sino sólo decidido qué sostener, lo que por su parte afirma Tarello.

Leyendo los trabajos del propio Guastini sobre la interpretación, sin embargo, uno parece tener la impresión de que está frente a la posibilidad de *aprender* algo, en efecto, sobre interpretación. O al menos que a aquello que está expresado en esos textos subyace la pretensión de informarnos sobre la interpretación: en qué consiste, cómo se realiza, de qué manera se diferencia de otras actividades, etc. Como se ve, no obstante, tomarse en serio la teoría guastiniana de la interpretación jurídica implica tener que rechazar que tenga carácter informativo. Uno puede decidir sostener una teoría a la que llamar «guastiniana» de la interpretación jurídica (para lo cual habrá tenido que decidir primero cuál es su contenido), pero no tendría mayor sentido decir que se trata de una teoría *correcta*, que caracteriza cómo *en verdad* funciona la interpretación, que describe el núcleo de las prácticas interpretativas, que reconstruye el concepto de INTERPRETACIÓN, o algo por el estilo.

Evidentemente, lo de la teoría de la interpretación es sólo un ejemplo de un listado que en principio parecería poder abarcar a prácticamente la totalidad de aquello que normalmente intentaríamos llamar «conocimiento humano» (¿salvando, tal vez algunas cuestiones —no básicas, por cierto— de matemática y lógica, expresables en lenguajes artificiales?). Vivimos a través del lenguaje natural, de modo

que también manejamos (comunicamos) nuestros saberes a través de ese lenguaje. Y todo lenguaje natural adolece de problemas de indeterminación (ambigüedad terminológica, vaguedad conceptual, carga emotiva, etc.), de modo que a cada momento nos es exigida la interpretación¹⁸⁹. Si allí donde hay diversidad de métodos interpretativos disponibles, la actividad cognitiva se agota en el relevamiento de significados posibles, pero la selección de uno por sobre otros implica por necesidad la clausura de dicha actividad cognitiva, entonces no hay ningún *conocimiento concreto* posible, no hay nada puntual que sepamos, no hay nada que sea verdadero, nada que sea falso. A lo sumo, podemos conocer *opciones*: abanicos de ideas sobre cómo, tal vez, podrían ser las cosas¹⁹⁰. Esto se aparta evidentemente del uso que habitual y extendidamente hacemos de la noción de *conocimiento*. Acertados o equivocados acerca de nuestros juicios individuales, en multitud de ocasiones sostenemos saber o conocer que *p*, y no sólo que o *p* o *q* o ...*n*. Acertados o equivocados, partimos de rechazar a Gorgias.

Este argumento muestra, según creo, que la postura de Guastini respecto de la interpretación representa un caso de *Philosopher's Paradox*, tal como Grice y Strawson denunciaron del ataque de Quine a la distinción analítico-sintético¹⁹¹: el filósofo introduce y aplica un criterio de medición externo al uso de una noción (establecida) que tiene consecuencias deletéreas no sólo respecto de esa noción sino de otras más, correlacionadas, que resulta todavía mucho más gravoso eliminar¹⁹².

¹⁸⁹ No quiero afirmar que la interpretación sea inevitable en la comprensión de cualquier pieza de lenguaje, basta con afirmar las menos controvertibles ideas de que la interpretación se hace necesaria allí donde surgen problemas de comprensión lingüística, y que todo lenguaje natural presenta, de manera ineludible, problemas estructurales. Véase NAVARRO, 2005 (esp. 103-106). Esta aclaración encierra, sin embargo, un nuevo problema para la postura de Guastini, sobre el que volveré luego.

¹⁹⁰ «Abanicos» formados por los posibles resultados de la aplicación de los diversos métodos interpretativos disponibles.

¹⁹¹ GRICE & STRAWSON, 1956/2011.

¹⁹² Grice y Strawson argumentaban que el ataque de Quine a la noción de *sinonimia* terminaba por invalidar la propia noción de *significado*. De acuerdo a las propias tesis de Strawson en el resto de su obra, la teoría del significado y la teoría del conocimiento no son independientes entre sí, sino que están estrechamente vinculadas, al ser ambas sucedáneas de la teoría de la verdad. De modo que la anulación de la noción de *significado* conllevaría la anulación de la noción de *conocimiento*. Véase STRAWSON, 1974/2011; STRAWSON, 1975/2011; STRAWSON, 1992: cap. 7. Ciertamente, Quine estaba dispuesto a eliminar no sólo la distinción *analítico-sintético* y la noción de *sinonimia* (al menos en versiones «clásicas», por decirlo de algún modo; véase QUINE, 1951/1961), sino también la propia noción de *conocimiento* (e.g., QUINE, 1987: 108-110), aunque no así la de *verdad* (QUINE, 1987: 212-216, QUINE, 1960/2001: 24-25, LEITER, 2007/2012: 203). Para un conocido caso de quien se muestra imperturbado por esta clase de consecuencias, véase RORTY, 1985/1991: 24. Las diferencias entre Quine y Strawson en estos puntos son reconducibles, según creo, a una diferencia metodológica fundamental relativa al

Como podrá notarse, el presente es un argumento de tipo *trascendental*, en el estilo kantiano que el propio Strawson incorporó a la corriente analítica: *X* es una condición necesaria para la posibilidad de *Y*. Dado que *Y* es el caso, se sigue que *X* ha de ser el caso también¹⁹³. En nuestra discusión: *X*=valor cognitivo de la interpretación; *Y*=conocimiento concreto (no mero abanico de alternativas). Dado que el conocimiento concreto de (al menos algunas) cosas es el caso, la interpretación debe tener (al menos en algunas ocasiones) valor puramente cognitivo, porque ello es condición de posibilidad del conocimiento concreto¹⁹⁴.

IV

LA AUTONOMÍA DEL LENGUAJE JURÍDICO

Guastini, razonablemente, no parece sin embargo dispuesto a admitir esta deletérea conclusión acerca del conocimiento¹⁹⁵. Para empezar, nótese que su propia distinción entre una versión *decisoria* y una *cognitiva* de la interpretación presupone, por el lado de este último tipo, que hay conocimiento concreto posible: elucidar los

crédito que darle, como *premisa* de las investigaciones filosóficas, al manejo de conceptos en el lenguaje ordinario: Quine es bastante «menos generoso» que Strawson. Véase la n. 34 del siguiente capítulo.

¹⁹³ STERN, 2011/2015. Vale la pena anotar que esta clase de argumentos han sido desde su origen propuestos justamente en relación con cuestiones epistemológicas, y este se ha mantenido como el campo en el que tienen mayor uso. Una interesante compilación de discusiones actuales sobre la forma y el valor de esta clase de argumentos es la de CABRERA, 2007. Los argumentos trascendentales son equivalentes a (o cuando menos una especie del género de) lo que John Finnis ha llamado «argumentos retorsivos», entendidos como argumentos que refutan un enunciado al mostrar que tal enunciado se auto-refuta (FINNIS, 1977/2011: 65-66). Más allá de estos comentarios sobre su inserción en nuestra tradición filosófica y sobre el estudio de ellos en tanto forma argumentativa, es claro que su uso puede tranquilamente ser tan antiguo como el pensamiento sistemático mismo. Al respecto, Finnis también señala que en el *Teeteto* de Platón se encuentra el acaso primer registro de un argumento de esta clase (FINNIS, 1977/2011: 75, n. 43).

¹⁹⁴ En STERN, 2011/2015 (esp. secc. 4) puede verse que en el decurso de la discusión sobre la utilidad de los argumentos trascendentales se ha pasado a distinguirlos en una versión *fuerte*, de acuerdo con la cual a través de esta misma clase de argumentos se puede obtener conocimiento directo (ontológico) sobre el mundo y en otra *débil*, según la cual, aunque no pueden garantizar *por sí mismos* conocimiento directo del mundo, pueden cuando menos fundar nuestros deberes epistémicos: ayudan a saber *qué debemos creer*. Mi argumento debe ser tomado en sentido débil, pero creo que es suficiente (desde luego, junto con la discusión adicional que se dará en lo que resta del cuerpo de texto) para mostrar que el escepticismo interpretativo guastiniano, tal como está planteado, es insostenible. Tampoco creo que la plausibilidad de mi argumento sea dependiente del resultado de la disputa entre la teoría clásica que ve al conocimiento como una creencia cualificada y la teoría alternativa del llamado «Knowledge First» (esto es, la de *conocimiento* como noción primitiva, irreductible), que viene sumando adeptos en los últimos años (para una sugerente defensa de esta última perspectiva, puede verse HOSSACK, 2007).

¹⁹⁵ Así, por ejemplo, puede apuntarse como ejemplo que califica de «falsa» (GUASTINI, 2013/2014: 257-258) la «teoría» de Hart sobre la interpretación.

significados admisiblemente atribuibles a una disposición es conocer, es realizar una empresa informativa. De aquí que agregue una consideración con la que defender su postura, intentando limitar las consecuencias indeseables destacadas en la anterior sección.

Su defensa consiste en sostener que no se trata de una teoría sobre la interpretación *tout court*, sino sólo sobre la interpretación jurídica¹⁹⁶. Para ello, entonces, debe trazar una demarcación del discurso específicamente jurídico, mostrando las particularidades que lo distinguen de otros. Aunque es difícil estar seguro —dada la enorme extensión de la obra de Guastini—, me parece que él no ha ofrecido demasiado material con el que trazar una demarcación tal. Y he aquí un gran problema en relación con el argumento de la sección anterior. Mi ejemplo fue sobre la teoría misma de la interpretación porque implica una tensión interna que se proyecta sobre todo aquello que pueda eventualmente resultar objeto de interpretación (que — como dije— dadas las características de los lenguajes naturales es virtualmente casi todo lo que se exprese a través de ellos). En este sentido, Guastini debe poder diferenciar el discurso jurídico del filosófico, o, siendo más precisos, de aquel que versa sobre la interpretación misma. A continuación consideraré cuatro argumentos que al respecto podrían presentarse.

1. Lenguaje prescriptivo y lenguaje descriptivo

Una forma en que defender la idea de la autonomía del lenguaje jurídico es mediante la distinción entre el uso *prescriptivo* y el *descriptivo* del lenguaje. El corto alcance del conocimiento en el terreno de la interpretación jurídica se debería al carácter fundamentalmente normativo (prescriptivo) del lenguaje jurídico, pero ello no obstaría a la diferencia cualitativa respecto de otros discursos, como el filosófico, puesto que este último tendría carácter (¿o al menos la pretensión de ser?¹⁹⁷) descriptivo¹⁹⁸.

¹⁹⁶ Véase, e.g., GUASTINI, 2011/2012: 49-50 y GUASTINI, 2012a: 196.

¹⁹⁷ Dejo también al margen el hecho notorio de que también el discurso práctico en general, incluidos el discurso normativo-jurídico y —paradigmáticamente— el moral, parece contener esa pretensión (véase, e.g., BRINK, 1986), aun si en última instancia puede fundarse filosóficamente la imposibilidad de satisfacer dicha pretensión.

¹⁹⁸ Este no es un argumento que como tal haya encontrado en los trabajos de Guastini, pero creo al menos que puede fundarse algo laxamente en las consideraciones que él hace en GUASTINI, 2008/2010:

Este argumento no puede cumplir la función para la que se lo propone. Como fue dicho antes, es claro que la resolución de un juez para un caso particular es en sí misma una norma jurídica, pero esa norma es en principio derivación del contenido de una norma general preexistente¹⁹⁹. El juez debe decidir en función del contenido que ha identificado, *conocido*, de parte de esa norma general preexistente. Por supuesto, es claro que en muchas ocasiones las resoluciones judiciales son contrarias al contenido de dichas normas²⁰⁰ o dicen basarse en contenidos preexistentes de manera falsa, en el sentido de resolver cuestiones que no estaban contempladas por normas generales anteriores²⁰¹. Pero el escepticismo interpretativo guastiniano implica que toda decisión judicial es de hecho adoptada de forma que en última instancia escapa al control de corrección. Es (quizás) conceptualmente posible, para la versión del realismo aquí analizada, que haya una única solución, «ineludible», para un caso, de darse el hecho de que haya sólo un método interpretativo admisible (que por su parte arroje, en su aplicación, un único resultado interpretativo²⁰²). Si sólo hay un método interpretativo admisible y éste puede arrojar sólo un resultado, habrá una única resolución judicial admisible para el caso de que se trate. Pero por supuesto esto sería fácticamente muy ajeno al desarrollo actual de nuestras complejas prácticas jurídicas. El problema, entonces, es que el guastinismo interpretativo hace de una situación conceptualmente parasitaria —la de la (in)justificación jurídica de resoluciones judiciales cuando no median normas generales preexistentes— la regla o base explicativa con la cual reconstruir la tarea de la adjudicación como un todo.

Pero si tiene sentido afirmar que hay al menos un caso cuya mejor reconstrucción es que un juez ha identificado, correctamente, el contenido de una norma general preexistente para a partir de allí dictar (otra vez, correctamente) la solución de un caso frente a sus estrados, entonces será porque es posible predicar la corrección de una determinada interpretación de la normativa preexistente y de la

147-148. En GUASTINI, 2011/2012: 196, se afirma: *es obvio que la interpretación de los textos normativos se ve condicionada por intereses prácticos (y en conflicto)*. Los resaltados son míos.

¹⁹⁹ BULYGIN, 1966/1991: 357-358.

²⁰⁰ De allí las denominadas sentencias *contra legem*.

²⁰¹ Casos de lagunas normativas.

²⁰² Cosa que puede no darse, igualmente. Por ejemplo, hay términos que interpretados (sólo) según su tenor literal arrojan resultados varios. Recurro al sobreexplotado ejemplo de la palabra «banco», que puede referirse al banco de una plaza o a una institución financiera.

correspondiente derivación hecha para obtener la resolución del caso de marras²⁰³. La teoría guastiniana de la interpretación precluye esta posibilidad.

2. Los intereses en juego

De acuerdo con Guastini, la razón central de la particularidad del discurso jurídico estaría dada por los importantes intereses, de diversos tipos, que se ponen en juego de ordinario en la praxis jurídica. En los tribunales se ventilan cuestiones que suponen la propiedad y destino de elementos de suma relevancia económica, profesional, política, relativos al prestigio y/o fama, etcétera²⁰⁴. Uno podría agregar (con un eco ciertamente guastiniano) que la interpretación jurídica, en el derecho occidental contemporáneo, es fundamentalmente interpretación de ciertos textos presuntamente dotados de autoridad.

Ahora bien, ¿no sucede algo lo suficientemente análogo en el mundo de la academia filosófica? Tal vez intereses en juego sean menos en cantidad y/o en cuantía, pero no parece haber una diferencia cualitativa entre un área del discurso y la otra. También a las discusiones entre, por ejemplo, los filósofos que escriben sobre interpretación, subyacen en juego intereses económicos, de prestigio, políticos, entre otros²⁰⁵. Claramente, también entre los filósofos hay textos canónicos, dotados de algún tipo de autoridad²⁰⁶. Todos queremos tener a Platón y a Aristóteles de nuestro lado. Las continuas lecturas y relecturas de ciertos textos, con la pretensión de desentrañar su contenido «real»²⁰⁷, pueden razonablemente entenderse como el intento de posicionar a un autor y/o trabajo (que al menos en parte debido a esas

²⁰³ Nada parece comprometer este punto, sin embargo, con la muy controvertible tesis de que todo caso tenga una respuesta correcta única prevista por el derecho. No sólo hay espacio conceptual para admitir la existencia de lagunas, *i.e.*, casos no resueltos con antelación por el derecho, sino también para la posibilidad de que en ocasiones la interpretación correcta de una cierta disposición pueda ser más de una. El punto es que la multiplicidad de métodos y cánones interpretativos no obsta a que pueda haber interpretaciones semánticamente correctas *únicas*, y que la clase de las respuestas jurídicas *correctas*, aun si no unitaria, puede ser cuantitativamente menor que la de las respuestas jurídicas *admisibles*

²⁰⁴ Esta sí es una razón que puede encontrarse expresamente *mencionada* en la obra de Guastini. Véase GUASTINI, 2011/2012: 196 y GUASTINI, 2008/2010: 268.

²⁰⁵ Piénsese en las posibilidades de lograr plazas en cátedras, publicaciones, puestos de asesoría pública y privada, etc.

²⁰⁶ Incluso la académicamente extendida práctica de la *cita* se explica parcialmente por ello.

²⁰⁷ Ejemplos rápidos de dar son las extensísimas disputas respecto de *A Theory of Justice*, de J. Rawls y, sin ir más lejos, el constante estudio del clásico libro de H. L. A. Hart, *The Concept of Law*. Estas cuestiones parecen aumentar cuando se sale del campo de la filosofía analítica; piénsese en las inagotables (re)interpretaciones de *Sein und Zeit*, de M. Heidegger.

constantes relecturas gana en relevancia en el seno de la comunidad académica) como en línea con una tesis o perspectiva que se quiere establecer, defender y abonar. En ocasiones se trata de, por el contrario, presentar a ese autor o texto de especial relevancia, de manera de evidenciar algún craso error que luego denunciar y atacar, pero del mismo modo puede decirse que el interés concreto en rechazar las tesis de «un clásico» está dado justamente por la autoridad que a ese «clásico» se le asigna o reconoce.

3. El carácter institucional y el revestimiento de autoridad

Por supuesto que hay diferencias en el carácter institucional de las autoridades jurídicas respecto de las autoridades académicas. No creo que el punto sea tan simple, no obstante. Para empezar, tiene poco de extraño la idea de que las autoridades académicas actúan también en un marco jurídicamente institucionalizado (el compuesto por las universidades, centros de estudios, las jerarquías profesoras, etc., con las normas jurídicas que los establecen y regulan). Alguien podría decir que sin embargo las instituciones jurídicas relevantes para esta discusión se definen (esto es, son en efecto *relevantes*) por la posesión de facultades legislativas, adjudicativas y por la posibilidad de hacer uso de la fuerza estatal; facultades de las que carecen las autoridades académicas. Dejando al margen el hecho de que es falso que carezcan de ellas²⁰⁸, es importantísimo tener presente que la sola existencia de ese marco institucional y por ende, de ese tipo de autoridad particular —que, digamos, tiene un legislador pero no un catedrático— está dada por un conjunto de normas jurídicas que deben cuanto menos poder ser conocidas para tener ese poder generador de autoridad e instituciones formales (como una universidad).

En cualquier caso, parece que la carga de la prueba de cómo se diferencian exactamente los contextos institucionales de uno y otro campo²⁰⁹ y la tarea de dar cuenta de una diferencia cualitativa a efectos del condicionamiento de la interpretación causada por los diversos tipos de autoridad que se desprenden de esos

²⁰⁸ Podría concederse que son facultades siempre derivadas de las instituciones propiamente (¿o será mejor decir *completamente*?) políticas. Pero aún así nótese que, por ejemplo, en un sentido importante las funciones administrativas de un funcionario municipal son derivadas de las de funcionarios de niveles provinciales o nacionales. En definitiva, la diferencia parece más bien sólo de grado, pero no cualitativa.

²⁰⁹ O, si se quiere, la falta del carácter institucional *relevante* para el campo académico.

distintos contextos de institucionalidad, pesa sobre quien —como Guastini— pretende sostener que en esta línea hay una diferencia cualitativa a la hora de interpretar disposiciones normativo-jurídicas, respecto de la interpretación de, siguiendo con nuestro paralelismo, trabajos filosóficos acerca la interpretación misma. Es dudoso que se haya cumplido adecuadamente con esa carga, hasta ahora²¹⁰.

4. ¿Deferencia al emisor?

Otro intento de defensa de Guastini podría pasar por la diferenciación de la interpretación jurídica de la conversacional, dada por el hecho de que en esta última, pero no en la primera, operaría una fuerte deferencia al emisor²¹¹: la interpretación de lo que el emisor quiere decir (incluso a veces por fuera de lo que literalmente haya dicho) jugaría en las conversaciones²¹² un rol que en cambio no desempeñaría en el discurso jurídico; la identificación del contenido de un mensaje dado en conversación se mediría, incluso (en términos de corrección), básicamente por la correspondencia entre lo efectivamente asimilado como mensaje y las intenciones comunicativas del emisor. En la interpretación jurídica, sin embargo, la dificultad para identificar un emisor y sus posibles intenciones comunicativas sería sin duda un factor de la mayor importancia en contra de la posibilidad de afirmar ese mismo carácter deferente²¹³. Pero no es el único, porque este punto está en evidente correlación con uno anterior, a saber, con la variedad e importancia de los intereses por los que se brega en la práctica jurídica y, en particular, en la arena judicial²¹⁴.

²¹⁰ Cristina Redondo me ha apuntado que en cambio se me podría objetar que la carga de la prueba está de mi lado porque 1) la diferencia cualitativa entre autoridad teórica y autoridad práctica es ampliamente admitida y 2) las instituciones y autoridades que están en juego en este contexto son justamente, por una parte teóricas y por otra parte prácticas. A esto yo respondería rechazando la relevancia de ambos puntos para esta discusión y rechazando en particular el punto 2) si se lo entiende como que los tipos de autoridad en cuestión se excluyen entre sí. En efecto, rechazo la relevancia de ambos puntos porque en mi argumento estoy refiriéndome solamente a la autoridad práctica (con lo que creo que la teórica es irrelevante aquí) y ello a su vez porque creo que puede darse por sentado que, por ejemplo, los profesores universitarios tienen también cierto grado de autoridad práctica, y no sólo teórica. Así, un profesor puede en ciertos contextos ordenar legítimamente a un alumno que se retire de un aula, o que presente un trabajo escrito para compensar una mala calificación, etc.

²¹¹ Agradezco a Jordi Ferrer que me señalara esta posibilidad.

²¹² Y —asumamos, para añadir sustancia a la posición escéptica— en el ámbito académico.

²¹³ DWORKIN, 1986: cap. 9; NINO, 1973/1980: 328-333.

²¹⁴ A mayor el interés en juego, menos son las probabilidades de ser deferentes cuando esa deferencia puede implicar la insatisfacción del interés que se persiga.

Tampoco creo que esta sea una defensa útil. El paralelismo con la teoría de la interpretación tiene la virtualidad no sólo de estar ligado a un rango amplísimo de implicancias, como he señalado más arriba, sino también la de tratarse de un universo del discurso en el que operan razones que parecen lo suficientemente análogas a las jurídicas (una vez más) como para que, en este punto, nos podamos desmarcar de la supuesta particularidad de la deferencia al emisor que caracterizaría a la interpretación conversacional. También en las discusiones filosóficas (sobre la interpretación misma, como sobre tantos otros temas) tendemos en ocasiones a abstraer en cierta medida el contenido o mensaje del emisor que lo efectúa. Por supuesto que podemos, en tren de estudiar —siguiendo con nuestro ejemplo— la teoría de Tarello de la interpretación, preguntarnos qué tendría en mente el autor al escribir al respecto²¹⁵, pero el punto es que tomada la práctica de la interpretación como fenómeno colectivo, continuado en el tiempo, realizado sobre objetos diversos, tendemos en ocasiones a «alejarnos del emisor» en el sentido de que no todo lo que importa a efectos de desentrañar su mensaje (*e.g.*, el contenido de una determinada tesis filosófica) es lo que tuvo en mente al formularlo. Por decirlo de otro modo: una cosa es la pregunta por la teoría de Tarello sobre la interpretación y otra es la pregunta por la teoría de la interpretación. Si de lo que se trata es de la comprensión de la discusión filosófica (general) sobre la interpretación, entonces el hecho de que en ocasiones individuales se utilice allí también el método interpretativo «intencionalista» parece hacer poca diferencia (de seguro, ninguna de tipo cualitativo) respecto de la interpretación jurídica.

Por otro lado, y creo que esto es mucho más importante, en el ámbito del derecho se recurre *en efecto* al método intencionalista. El hecho de que haya un autor conocido en el caso de una tesis filosófica sobre la interpretación, y quizás ninguno conocido en el caso de una ley, no neutraliza otro hecho relevante aquí: una cosa es tener la posibilidad de recibir una respuesta sobre qué es lo que en un texto se quiso decir, otra es la posibilidad *de preguntarse* qué es lo que «el autor» de un cierto texto quiso decir. Aunque en la interpretación jurídica tal vez nos esté vedado obtener una respuesta, no es claro que la pregunta por una intención carezca de sentido, y parece

²¹⁵ De hecho —se recordará— más arriba puse esto mismo como ejemplo y abono de la intuición de que al estudiar dicha teoría sentimos que estamos realizando una labor cognitiva.

que en muchas ocasiones, también en el contexto conversacional, formularnos la pregunta *es todo lo que podemos hacer*²¹⁶. El punto es que aún si en última instancia debemos atribuir una respuesta hipotética, por sernos imposible recabar una respuesta interpretativa concreta del emisor del mensaje a interpretar, la estrategia interpretativa (y por ende su potencial resultado) es distinta del supuesto en que ni siquiera nos formulamos esa pregunta ni intentamos «ponernos en los zapatos» de un *otro* para responderla.

Asimismo, nótese que una defensa en la falta de deferencia al emisor en los contextos jurídicos, por diferencia de contextos conversacionales ordinarios, parece implicar un punto con el que un iusrealista metodológico difícilmente pudiera sentirse cómodo. Si su argumento es que el propio emisor puede despejar nuestras dudas interpretativas, pero que hay una diferencia cualitativa del lenguaje jurídico por cuanto en éste no hay un emisor identificable, es tal vez porque admite que los mensajes aclaratorios de los emisores no presentarán ulteriores problemas interpretativos. Esto es dudoso, dadas las características ya mencionadas de los lenguajes naturales y el propio énfasis del escéptico en la necesidad de la interpretación. Alternativamente, este tipo de argumento supondría que hay alguna estrategia interpretativa (la que sea que corresponda según el iusrealista para interpretar los mensajes aclaratorios del emisor) que tiene una prioridad conceptual para interpretar el mensaje inicial que motivara la consulta a su emisor. Cualquiera de estas dos opciones representa, sin embargo, obstáculos obvios a la sencillez de la tesis iusrealista metodológica originaria de acuerdo con la cual en el ámbito del derecho la clase de las respuestas interpretativas correctas es coextensiva a la de los cánones interpretativos admisibles.

En el mejor de los casos, todo lo que esta defensa basada en la deferencia al emisor alcanza a mostrar es que, dada la falta de emisores individualizados, conocidos y/o cognoscibles, en el campo jurídico estamos destinados a encontrar, en principio, una mayor cantidad de problemas a la hora de identificar significados (correctos, verdaderos) para los enunciados a interpretar, en comparación con otras áreas. Pero de esta mayor dificultad no se sigue la imposibilidad o ausencia de significados únicos

²¹⁶ Por ejemplo, ¿cuántas veces estudiamos la obra de autores ya fallecidos? ¿No representa esto un tipo de caso en el que tenemos dificultades para desentrañar *una intención determinada* de manera similar a las dificultades que se nos presentan frente a la «intención del legislador» (no tenemos un individuo al que preguntarle)?

(y correctos, verdaderos²¹⁷). El problema es *epistémico*, pero el iusrealismo metodológico no alcanza a mostrar lo que afirma que hay en el discurso jurídico, por contraste con otros: una particularidad específicamente *semántica*.

En definitiva, puede decirse que no es verdad que en un discurso como el filosófico rija de manera particular una clase de deferencia interpretativa que no opera en el discurso jurídico. Si hay diferencias, son de grado, cuantitativas y no cualitativas, del mismo modo en que una situación sustancialmente análoga se da entre ambos tipos de discurso con relación a los intereses en juego, en uno y otro campo, que pueden causar tergiversaciones interpretativas o una «notoria creatividad»²¹⁸ en la interpretación. No se trata necesariamente de que no opere en el ámbito de la discusión filosófica cierta forma de deferencia al emisor, sino de que no parece poder afirmarse que la manera en que esa deferencia opere —o no opere— no sea sustancialmente análoga a la que se puede encontrar en el campo de la interpretación jurídica, o de la interpretación judicial en particular.

V

RECAPITULACIÓN

Guastini no parece haber mostrado diferencias fundamentales entre el discurso jurídico y el discurso de los filósofos que trabajan sobre teoría de la interpretación. Siendo así —esto es, sin estar trazada, en términos semánticos, una supuesta autonomía cualitativa del lenguaje jurídico respecto del lenguaje natural en general— el razonamiento sobre la propia interpretación que he hecho con base en la propia teoría guastiniana de la interpretación «jurídica» parece sostenerse. De este modo, algo sustancialmente análogo a lo que Guastini afirma para la interpretación de disposiciones normativas en sede judicial parece poder ser proyectado sobre su propia teoría de la interpretación. Si, dados los problemas interpretativos que hay en los textos mismos sobre la teorización de la interpretación, no tenemos verdadero conocimiento sobre esta actividad, no tenemos tampoco una tesis que sea verdadera o

²¹⁷ O un espectro de significados correctos que sea menor que el de los posibles (en el sentido de avalados por cánones interpretativos admisibles).

²¹⁸ GUASTINI, 2011/2012: 48-49.

correcta a su respecto. Ser un escéptico de la interpretación, en estos términos, no supone *saber* algo particular sobre la interpretación, sino, tal vez, simplemente tener cierta actitud o emoción personales respecto de ella.

Como la escéptica teoría guastiniana de la interpretación es uno de los tres componentes definitorios del realismo jurídico del propio Guastini, y tiene carácter conceptualmente prioritario²¹⁹, se sigue en estos términos que esta misma posición iusfilosófica es también la mera expresión de una actitud o emoción, y no una postura verdadera (o falsa) o correcta (o incorrecta) sobre el derecho. La operatividad de su propia tesis metodológica, puestos a evaluar el carácter de las restantes tesis iusrealistas —la ontológica y la epistemológica— conllevaría el descarte de la corrección (incorrección) o verdad (falsedad) del iusrealismo *en general*, así entendido. La discusión sobre el realismo jurídico, desarrollada en los propios términos de éste, parece no poder ser sino meramente persuasiva. De manera que se suman la *completa* imposibilidad de predicar (o abonar la predicación de) la (in)justificación normativa²²⁰ de cualquier decisión judicial y —sobre todo— la propia imposibilidad de predicar la corrección o verdad de la propia teoría guastiniana de la interpretación misma, con su corolario en la imposibilidad de justificar prácticamente todo tipo de conocimiento puntual. Y con ello tenemos ya más que serias razones para rechazar la teoría en cuestión. Más allá de las emociones que quizás pueda generar en diversos destinatarios, la teoría escéptica de la interpretación bien parece equivocada. Y si no, al menos imposibilitada de estar en lo correcto. En palabras de Finnis:

El escéptico siempre puede mantener la coherencia no *afirmando* nada (y es así como los escépticos antiguos recomendaban la *epochē* o suspensión del juicio). Pero el precio de esto es no mantener ninguna *posición*, esto es, no tomar parte del discurso racional.²²¹

²¹⁹ Como el propio Guastini indica, la tesis metodológica del realismo es lógicamente prioritaria, en el sentido de que condiciona las otras dos (GUASTINI, 2015: 45).

²²⁰ «Normativa» en sentido intra-jurídico, se entiende.

²²¹ FINNIS, 1977/2011: 80. Nota omitida. La traducción es propia, el original dice: *The sceptic can always maintain coherence by asserting nothing (and so the ancient sceptics commended the epochē or suspension of judgment). But the price of this is that he does not maintain a position, that is, any part in rational discourse.* Este pasaje abona mi punto, pero en la medida en que se tenga presente lo que se dirá en la siguiente sección acerca de los diferentes niveles del discurso (en el derecho y acerca del derecho).

VI

LA VERDAD EN EL ESCEPTICISMO

Ahora bien, a pesar de que he intentado disputar directamente la tesis central de la obra de Riccardo Guastini y de la forma de realismo jurídico que a partir de ella se conforma²²² quisiera terminar resaltando brevemente lo que creo es un acierto de fondo, crucial, en la obra del maestro italiano. Esto será breve por el momento, pero también será retomado en el último capítulo de este trabajo, como abono para una de sus tesis principales.

El argumento presentado en este apéndice intenta mostrar que ha de haber un espacio para la corrección en la interpretación mayor del que el escepticismo le reconoce. Esto sólo implica que al menos algunos enunciados interpretativos pueden ser verdaderos y que dicha verdad no es correlativa pura y exclusivamente al empleo de los cánones interpretativos admisibles: todavía hay espacio para la corrección *dentro* del abanico de opciones interpretativas que ofrece la diversidad en los cánones admisibles. Pero en cambio, el argumento no supone que todo enunciado interpretativo esté inserto en algo así como una «escala definida de corrección», y ni siquiera que todos deban tener valor de verdad (*i.e.*, que sean susceptibles de verdad o falsedad). Negar el espacio conceptual que reivindica el argumento presentado, conlleva negar la posibilidad de afirmar legítimamente que se poseen conocimientos *concretos*, que «se sabe que *p*» (y no meramente que «o *p* o *q* o ...*n*»). Esta consecuencia tiene un alcance tan deletéreo que hasta implicaría negar a la teoría escéptica de la interpretación, y a la forma de realismo jurídico que depende de ella, todo genuino contenido informativo, y por ende negarle toda aptitud para la (in)corrección²²³.

Pero como no todo enunciado interpretativo tiene que ser necesariamente susceptible de verdad o falsedad²²⁴, podemos, a la inversa, hacer también lugar a la

²²² Y que es a grandes rasgos común a –y distintiva de– toda la *escuela genovesa* de teoría del derecho.

²²³ En efecto, si el conocimiento concreto fuera imposible, carecerían consecuentemente de sentido las ideas mismas de (in)corrección y de información y sus familiares.

²²⁴ Entiendo que en propiedad esto es dependiente de la concepción que se asuma acerca de la vaguedad conceptual. Desde una perspectiva *epistémica* este no sería exactamente el caso, pero hasta donde sé las concepciones más elaboradas de este tipo admiten una imposibilidad pragmática, de hecho (debida precisamente a nuestras finitas capacidades epistémicas), de conocer los valores de verdad de

idea de una interpretación «decisoria» ajena a la empresa del conocimiento, y de carácter puramente volitivo. En determinados casos podrá entonces resultar que la decisión interpretativa última, por la que para resolver el asunto que tenga entre manos un juez se toma de un significado particular de una disposición jurídica, frente a otros igualmente admisibles, sea efectivamente «tan correcta» como otras disponibles. Digamos: en efecto, *igualmente admisibles*.

Ahora bien, esta corrección múltiple admitida desde el plano teórico no tiene por qué, a su vez, agotar todo lo que puede decirse sobre la (in)corrección de los diversos juicios interpretativos. La teoría, el metalenguaje, puede mostrar la admisibilidad de diversas respuestas. El decisor, que maneja en cambio un lenguaje de primer orden, puede por su parte tener razones normativas que lo compelan a seleccionar alguna(s) de esas respuestas por sobre otras. El que estas razones normativas existan y el que sean objetivas (en el sentido de no pura y solamente dependientes de la subjetividad del propio decisor) es otra cuestión, en la que no es necesario entrar aquí. Lo que en este punto sí me interesa recalcar es que el argumento central que he presentado no excluye, pero tampoco presupone ni implica, que haya un espacio de razones normativas que circunscriban ulteriormente la decisión (interpretativa²²⁵) del juez.

Por supuesto, la cuestión de la corrección normativa es grandemente controversial. Guastini, por su parte, es un consabido escéptico también en esta área²²⁶. Pero aun así, aquí entra el que creo es el mayor valor de su trabajo: su teoría escéptica de la interpretación tiene la bondad de recordarnos que en muchos casos la elección de una interpretación-producto última no tiene ni mejores ni peores títulos que *desde el punto de vista teórico* se le puedan adjudicar frente a otras opciones interpretativas disponibles. En este sentido, mi argumento puede ser tomado como menos lejano a sus tesis de lo que hasta aquí, por su retórica polemista, hubiera podido parecer; porque pretende mostrar que hay razones para pensar que desde el punto de vista teórico puede todavía circunscribirse más el ámbito de la corrección de las opciones interpretativas: éstas no necesariamente son completamente correlativas

ciertos enunciados en ciertos contextos, y ello –creo– bastaría para el punto que elaboro a continuación en el cuerpo del texto. Véase además *supra*, n. 74.

²²⁵ Pero no solo. Tampoco, por supuesto, la decisión del caso considerada como un todo.

²²⁶ ATIENZA, 2004: 460-461.

a las posibilidades de implementación de los cánones interpretativos admisibles, sino que puede haber casos en que por consideraciones propiamente teóricas se excluyan²²⁷ opciones interpretativas admisibles desde el punto de vista de los cánones disponibles. Pero, de nuevo, esto a su vez no excluye que haya un ámbito de interpretación decisoria en (al menos parcialmente) el sentido de Guastini, esto es, carente de carácter propiamente cognitivo. Y la interpretación decisoria se desenvuelve sólo en el plano del discurso de primer orden, en el ámbito de los participantes de la práctica jurídica, y no en el discurso de segundo orden propio de la teoría del derecho en sentido estricto. La teoría del derecho, por su parte, tiene el objetivo de dar cuenta de ese discurso de primer orden, el de los participantes de la práctica jurídica²²⁸. Su (meta)lenguaje es por ello de carácter conceptual-descriptivo, mientras que el de los propios participantes es de carácter normativo. Y es así como no puede ofrecer *decisiones* interpretativas, allí donde se las requiera.

Pero aunque en muchas ocasiones se ha sostenido lo contrario, no parece que ambos niveles de discurso estén completa y tajantemente separados, ni tampoco, por el contrario, que sean completamente indistinguibles. De manera intermedia puede sostenerse que entre ambos niveles de discurso, efectivamente distinguibles entre sí, hay una relación de influencia y condicionamiento recíproco, tal que, no solamente será el caso que el discurso de primer orden condiciona al de segundo orden por tener éste el objeto de dar cuenta del primero, sino que asimismo el de segundo orden podrá condicionar, cuando menos por la negativa (a modo de exclusión/es), lo que puede afirmarse desde el lenguaje de primer orden.

Para volver así a explicitar el valor del escepticismo interpretativo, puede decirse entonces que éste ilustra un modo en el que desde el plano iusteórico se puede condicionar el discurso de los participantes del derecho, y nos recuerda con particular énfasis que el discurso de los intérpretes en el derecho²²⁹ es normativo, práctico y no (sólo) cognitivo, teórico²³⁰. Esto —que, según creo, en este preciso

²²⁷ Esto es, se excluyan como «incorrectas».

²²⁸ O este es al menos uno de sus objetivos.

²²⁹ No sólo los jueces, sino cualquier participante de la práctica, desde el legislador al ciudadano de a pie.

²³⁰ La cuestión es que aunque las *conclusiones normativas* a que llega un participante son efectivamente normativas, no todas las premisas en las que se basan lo son y, en este sentido, no (siempre, al menos)

contexto suena a banalidad— parece con cierta frecuencia descuidado. El problema de los desacuerdos según el desafío de Dworkin es muestra de este descuido. Para mostrar esto último, y para desarrollar mejor lo expuesto en los párrafos anteriores, pasaré entonces a examinar otra propuesta con la que se ha respondido al desafío dworkineano. A través de ese examen encontraremos, espero, los elementos con los que ofrecer un mayor desarrollo de estas ideas.

lo son las interpretaciones de base: las normas son lo normativo, pero no necesariamente tiene ese carácter la actividad con la que se las *identifica*.

CAPÍTULO III

El enfoque neohartiano de Kevin Toh

I

DE VUELTA A HART: ACEPTACIÓN Y ENUNCIADOS JURÍDICOS

Kevin Toh es otro de los varios filósofos del derecho que se ha encargado de presentar una respuesta al desafío dworkineano basado en los desacuerdos en el derecho. El primer paso de su propuesta consiste en una relectura del trabajo de Hart, en particular respecto de la distinción de éste último entre enunciados jurídicos internos y externos¹. Adentrarnos adecuadamente en esta pieza del instrumental teórico hartiano (echando un vistazo a otras en el camino) nos tomará algo de espacio, pero es importante hacerlo para poder contar con una visión acurada de la propuesta de Toh para dar cuenta del específico fenómeno de los desacuerdos en el derecho. Ulteriormente se verá que el énfasis en esta distinción tiene una relevancia de primerísimo orden para reevaluar el desafío de Dworkin desde su planteo mismo.

Toh hace un gran esfuerzo por enfatizar adecuadamente la distinción hartiana entre enunciados jurídicos internos y externos. Ésta consiste básicamente en que los primeros constituyen enunciados *de* derecho, mientras que los segundos son enunciados *acerca* del derecho. Esto es, los primeros son enunciados hechos desde el punto de vista de un adherente al derecho (a un sistema jurídico particular), de un participante, de quien, en fin, acepta un determinado sistema jurídico y formula enunciados al interior del mismo. Los segundos son enunciados realizados desde el punto de vista de un observador, carente de la actitud de aceptación que constituye el punto de vista interno respecto de las normas². Como Hart mismo ilustra, un tipo de

¹ A lo largo del capítulo recurriré alternativamente a los propios trabajos de Toh y a los que constituyen sus fuentes y, en definitiva, sus compromisos conceptuales, para expandir y/o clarificar el tratamiento de algunas cuestiones cuando así lo estime conveniente.

² TOH, 2005: 76; TOH, 2015: 340-345; HART, 1961/1963: 110-113; HART, 1982: 144-147; *passim*. Al llamar a uno y otro enunciado-tipo como *de derecho* y *acerca del derecho*, respectivamente, estoy siguiendo el uso estandarizado en la discusión pertinente y en función de la excelente y ya clásica traducción castellana del libro más importante de Hart. Pero es cierto que la expresión «enunciados de derecho», en particular, es en un punto poco feliz, porque tal vez transmita la idea de que sólo un funcionario

enunciado interno típico es de la forma «El derecho dispone que...», mientras que un tipo de enunciado externo típico en cambio será de la forma «En Inglaterra reconocen como derecho...»³.

Toh resalta la fundamental diferencia de carácter que hay entre uno y otro tipo de enunciado: los internos son enunciados normativos, los externos son enunciados descriptivos⁴. Un aporte de indudable importancia en el trabajo de Toh es la reconstrucción que hace de los escritos hartianos en este punto, a la luz de recientes desarrollos en el campo de la metaética. En este sentido, Toh presenta al análisis de Hart de los enunciados internos de derecho como sustancialmente análogo al análisis que hacen, de los enunciados internos propios del discurso moral, algunos destacados filósofos contemporáneos defensores del expresivismo en metaética. Hart se nos presenta así como una suerte de expresivista *avant la lettre*⁵. Desde el punto de vista metodológico o formal, Toh señala que Hart, al modo de expresivistas contemporáneos como Allan Gibbard, ofrece un análisis *oblicuo* de los enunciados internos, en tanto que ofrece un análisis *directo* de los externos⁶. ¿Qué quiere decir esto?

Los análisis directos, en la tradición de la filosofía analítica, son básicamente traducciones de enunciados. El enunciado analizado se traduce por otro que se considera de más fácil comprensión o que ya cuenta con un análisis satisfactorio; con

[*official*], en un contexto de autoridad institucional, puede formular esta clase de enunciados; y ello no casa con la idea hartiana al respecto: los enunciados jurídicos internos pueden ser emitidos por cualquier participante de la práctica, más allá de que sean paradigmáticamente atribuibles a quienes gozan de de autoridad institucional (HART, 1961/1963: 75-77).

³ HART, 1961/1963: 128. Más allá de los ejemplos, debe tenerse presente que ambos enunciados-tipo son potencialmente ambiguos y por ende cada uno de ellos puede ser usado, según el contexto, como enunciado interno o externo. Véase también BULYGIN, 1981/1991: 430-431.

⁴ Sirva esto como introducción. En breve se verá que, en propiedad, los enunciados jurídicos internos son híbridos: tienen componentes normativos y componentes descriptivos.

⁵ No se trata de que el expresivismo metaético no existiera antes de que Hart escribiera (en particular, antes de *El concepto de derecho*, que es su obra más importante y la que Toh explora con mayor detenimiento), sino de que la reconstrucción que de su obra ofrece Toh se estructura de acuerdo a aportes contemporáneos. Asimismo, entre los expresivistas actuales y expresivistas anteriores (básicamente, los así llamados emotivistas, como Ayer y Stevenson, y el prescriptivismo de R. M. Hare) hay varias diferencias y, de acuerdo a la presentación de Toh, el trabajo de Hart se condice mucho más con las tendencias actuales que con las de su día. De este modo, Hart puede ser visto como un auténtico precursor de algunas de las particularidades del expresivismo de nuestros días. Se explorarán algunas de ellas en lo sucesivo.

⁶ Para algunas expresas consideraciones metodológicas generales, de parte del propio Hart, donde se pone de manifiesto la utilidad de estas diversas formas de análisis (aunque nombradas de modo diverso), véase HART, 1953/1983; HART, 1961/1963: caps. 1 y 10; HART, 1982: cap. 6.

ello se espera despejar las dudas e inquietudes que depare el enunciado bajo examen, y echar luz sobre cuestiones tanto semánticas como pragmáticas que de un modo u otro sean dudosas o estén ocultas o veladas en los tipos de enunciados así analizados. Se trata, en suma, de ofrecer precisiones de los términos de interés por medio de la presentación de expresiones sinónimas⁷.

Los análisis oblicuos que realizan los expresivistas contemporáneos, y que según Toh ofrece el propio Hart para los enunciados internos de derecho, consisten en cambio en la explicación de qué es lo que se hace cuando se formulan tales enunciados. Aquí interesa especialmente la distinción entre los discursos de primer y segundo orden. Dicho algo burdamente, los discursos de segundo orden son relativos a discursos de primer orden, que por su parte no son relativos a discurso alguno, sino a otras cosas⁸. El análisis oblicuo se centra no en los enunciados de primer orden (internos) que en el fondo interesen, sino en enunciados de segundo orden, teóricos, que atribuyan a ciertos hablantes la formulación de enunciados de primer orden; o bien en la caracterización de los estados mentales involucrados en la formulación de los enunciados de primer orden que en última instancia interese investigar⁹. Se trata de un tipo de análisis indirecto que, al brindar una explicación sobre qué es lo que hacemos cuando utilizamos ciertos términos, nos da colateralmente una explicación del propio significado de dichos términos¹⁰.

El trabajo exegético que Toh hace con la obra de Hart es admirable y no creo que tenga mayor sentido reproducirlo, de modo que pasaré directamente a presentar la reconstrucción que Toh hace de los análisis hartianos para ambos tipos de enunciados¹¹.

⁷ GIBBARD, 2003: 236-237; HART, 1961/1963: 17-18. Un ejemplo clásico en el marco de esta tradición es el de Tarski al desarrollar su concepción semántica de la verdad; véase, por caso, TARSKI, 1944/1949 (esp. 61).

⁸ Esto amerita muchísimas cualificaciones, pero creo que basta para nuestros actuales propósitos. A una estrategia simplificadora similar apela Finnis para referir de modo no cargado técnicamente una distinción entre normas primarias y secundarias en FINNIS, 1977/2011: 69.

⁹ GIBBARD, 2003: 185. Véase también HART, 1963/1983: 288 [su terminología no es la misma que uso en el cuerpo de texto, pero se verá la identidad de idea: *The analytical jurist may give not definitions of single words, but synonyms or 'translations' of whole sentences ('definitions in use'); or he may even forgo altogether the provision of synonyms and instead set out to describe the standard use of certain expressions*], 290.

¹⁰ TOH, 2005: 81; GIBBARD, 2003: 193.

¹¹ La referencia central a este respecto es TOH, 2005.

1. Enunciados externos

La idea básica del análisis hartiano de los enunciados externos es que se trata de descripciones de la aceptación de normas por parte de ciertos miembros de una comunidad¹². Hasta este punto, tenemos un breve análisis oblicuo del término «norma», en la medida en que con esta caracterización se nos brinda también (un indicio de) uno de los usos de dicho término. Hart prosigue, sin embargo, y nos presenta mayores detalles sobre los estados de cosas en que consiste la aceptación por parte de ciertas personas de ciertas normas. Así, desarrolla la noción de *aceptación* y nos dice cómo se evidencia tal actitud o estado mental en la conducta de una persona, etc.¹³ A partir de ello, ofrece (clases o tipos de) enunciados sinónimos, paráfrasis, de enunciados jurídicos externos¹⁴.

Enunciados externos especialmente característicos son los que predicen la existencia de un sistema jurídico en una comunidad, y la pertenencia de una norma a un sistema:

(Ee1) «En la comunidad C hay un sistema jurídico SJ»;

(Ee2) «La norma N pertenece al sistema SJ de la comunidad C».

¹² Hart va igualmente más lejos y destaca (HART, 1961/1963: 309) tres clases distintas de enunciados externos: i) aquellos que se limitan a registrar las regularidades de conducta de quienes actúan conforme a reglas, ii) aquellos que registran, en tanto que algo habitual, la reacción hostil de las personas frente a las desviaciones respecto de las pautas de conducta establecidas, iii) aquellos que además de registrar esas regularidades observables de acciones y reacciones, dejan constancia de que ciertos miembros de la comunidad aceptan determinadas reglas como pautas o criterios de conducta, y que la conducta y las reacciones observables son consideradas por ellos como exigidas o justificadas por las reglas. Véase también MACCORMICK, 1981/2008: 49-60.

¹³ Sobre la importancia que tenía para Hart la incorporación de consideraciones psicológicas, sociológicas, etc., para los temas de que se ocupaba, véase HART, 1968/1983: 312-313. Nótese, sin embargo, que su enfoque no consiste en desentrañar estados psicológicos tal como empíricamente se manifiestan en episodios (y según agentes) concretos, sino en dar con estados que sean razonablemente *atribuibles* a los individuos y en función de los cuales se obtenga rédito explicativo. Esta estrategia atiende a las acciones y psicología de los sujetos, pero de manera agregativa y no individualizada; o dicho en otras palabras: atiende a lo intersubjetivo, y por ende público, y no a lo (intra)subjetivo, privado (véase la discusión al realismo escandinavo que hace en HART, 1961/1963: cap. 7; véase también WINCH, 1958/1990: 116-120; TOH, 2007: 421 y SÁNCHEZ BRÍGIDO, 2016: 152). Durante un tiempo Hart de hecho confió en un enfoque atributivo de gran alcance, para diversas empresas intelectuales, como, e.g., la explicación del fenómeno de la responsabilidad (HART, 1949). Su posterior rechazo de su propio trabajo en este último campo en concreto (véase el prefacio en HART, 1968/2008) no parece dar razones suficientes para abandonar el enfoque en todos los aspectos. Asimismo, hay muy recientes y valiosos intentos por reivindicar el enfoque atributivo (o «adscriptivo») incluso para materias como la de la responsabilidad misma, y precisamente a partir del trabajo original de Hart; al respecto véase FIGUEROA RUBIO, 2015.

¹⁴ Esto muestra a su vez que ambos tipos de análisis no se excluyen entre sí; véase TOH, 2015: 346.

Enunciados de este tipo pueden ser entendidos (*i.e.*, analizados «directamente», traducidos), respectivamente, como

(TEe1) «En la comunidad C un grupo sustancial de personas acepta un conjunto de normas N_c , ligadas entre sí por la norma R (regla de reconocimiento), que establece los criterios de validez 1, 2, ...n, a los que las distintas normas de N_c , según dicho grupo, se ajustan»;

(TEe2) «La norma N es aceptada por un grupo sustancial de personas de la comunidad C como parte del conjunto N_c , agrupado por los criterios de validez establecidos en la norma R (regla de reconocimiento)».

Se trata de enunciados —sobre todo en las formas «originales» apuntadas, pero también en sus respectivas traducciones— de particular predicamento en, e interés para, la teoría del derecho. Son tipos de enunciados que típicamente pueden formularse y encontrarse cuando de la perspectiva del teórico se trata.

2. Enunciados internos

Por el lado de los enunciados internos el análisis hartiano de acuerdo con la reconstrucción de Toh podría ser esquematizado del siguiente modo:

(HT) Un hablante formula un enunciado jurídico interno si y sólo si:

(i) expresa su aceptación de alguna norma que considera dotada de validez de acuerdo a la regla de reconocimiento del sistema jurídico de su comunidad, y

(ii) presupone

ii.1- el contenido (aceptado) de dicha regla de reconocimiento, y

ii.2- la eficacia de esa regla de reconocimiento¹⁵

¹⁵ Esta es la presentación más reciente que hace Toh de la que tengo noticia; véase ToH, 2015: 360. En trabajos anteriores su presentación era algo distinta y, según sostiene ahora, menos fiel a la letra hartiana. Cfr. ToH, 2005: 88; ToH, 2007: 406; ToH, 2011: 116-117.

El punto central para predicar la filiación de Hart con el expresivismo contemporáneo se encuentra por supuesto en cuanto a que de acuerdo a este análisis los enunciados jurídicos internos se definen como tales por constituir expresiones de la aceptación de normas¹⁶. Por la «eficacia» mencionada en el último ítem, Toh entiende el que la regla de reconocimiento sea generalmente aceptada y seguida por los funcionarios [*officials*] de la comunidad de que se trate.

Esta esquematización que Toh ofrece del análisis hartiano de los enunciados jurídicos internos muestra que, en propiedad, se trata de enunciados híbridos. No sólo son expresivos, sino que son también descriptivos¹⁷. El contenido expresivo está compuesto tanto por (i) como por (ii).1, mientras que el contenido descriptivo radica en (ii).2¹⁸.

El hecho de que los enunciados internos sean expresivos de la aceptación de normas supone que se trata de enunciados de tipo normativo. Ahora bien, esto amerita algún desarrollo. Para empezar, téngase en cuenta que Hart explícitamente rechaza la reducción analítica del discurso jurídico (interno) al discurso que describe hechos. Según él los enunciados *de* derecho tienen una «fuerza normativa» de la que la filosofía del derecho debe dar cuenta, y rechaza también, por ello, que en el análisis se la suprima¹⁹. La aceptación, por su parte, no equivale al reporte o informe de los propios estados mentales²⁰; así, la expresión no representa (al menos no puramente) una descripción²¹.

¹⁶ La formulación fundamental del expresivismo contemporáneo en estas líneas, a la que el análisis de Hart es equiparable, es la de GIBBARD, 1990.

¹⁷ En un artículo escrito junto a David Enoch, Toh sostiene que el propio concepto de *jurídico* [*legal*] es un concepto de los llamados *densos*, esto es, que se caracteriza por tener tanto un componente normativo como uno descriptivo. Véase ENOCH & TOH, 2013. La terminología y caracterización clásica de los conceptos (normativos) densos [*thick*], y su contraste con otros, los *ligeros* [*thin*], está en WILLIAMS, 1985/2006: caps. 7-8.

¹⁸ Toh reconoce su deuda con algunos pasajes de Raz en que éste también presenta a Hart como ofreciendo un análisis expresivista de los enunciados internos de derecho. TOH, 2005: 77, n.3; TOH, 2007: 405. Véase RAZ, 1981: 448; y RAZ: 1993. La principal diferencia entre las reconstrucciones de uno y otro es que para la de Raz el componente (ii) no es una presuposición sino una aseveración, parte de lo que efectivamente se *declara* mediante el enunciado. Se dirá más sobre esto *infra*, sección III.

¹⁹ HART, 1961/1963: 122-123; HART, 1982: 145; HART, 1983: 13 y 18 (en los pasajes mencionados Hart no habla de enunciados de derecho —«legal statements»— sino de «propositions of law», pero por contexto se entiende que se refiere en efecto al discurso formulado desde el punto de vista interno).

²⁰ TOH, 2005: 78.

²¹ Véase HART, 1961/1963: 129-130. De acuerdo a la conocida clasificación entre tipos de actos de habla difundida sobre todo por John Searle, en principio podría decirse que los enunciados jurídicos internos constituyen actos declarativos, que como tales tienen una dirección de ajuste bifronte: a la vez mente(lenguaje)-mundo y mundo-mente. Sin embargo, tal vez podría tenerse por más exacto decir que,

Como he mencionado antes, los enunciados jurídicos internos se caracterizan por ser los realizados desde el punto de vista de un aceptante de normas y de un sistema jurídico. Hart se ha preocupado por resaltar que la aceptación de normas y de un sistema jurídico por parte de una persona puede deberse a una multiplicidad de motivaciones²², y esta es una de sus grandes razones para apartar sus propias tesis de las que corresponden a la tradición del derecho natural, que vindica una conexión conceptual entre derecho y moral: de acuerdo con el autor inglés, la aceptación moral (*i.e.*, debida a razones morales, a que la persona encuentre valor moral afirmativo en el contenido de las normas aceptadas) es posible pero no necesaria²³. Uno puede en efecto ser aceptante de normas jurídicas por encontrarlas moralmente justificadas, pero también puede ser aceptante si esta condición no se da, y en cambio hacerlo por cálculos interesados a largo plazo, interés altruista en los demás, herencia irreflexiva y sujeción a una tradición, el mero deseo de comportarse tal como otros lo hacen, etc.

en puridad, la emisión de un enunciado jurídico interno representa un doble acto de habla, comprendiendo uno asertivo (con dirección mente-mundo) y uno directivo (con dirección mundo-mente). Véase SEARLE, 1998: 148-150. También AUSTIN, 1952/1970: cap. 6 y ANSCOMBE, 1957/1963: 54-56. Lo más razonable es, según creo, no generalizar el punto y hacer lugar a que la emisión de enunciados jurídicos internos pueda constituir actos de habla de diversos tipos de manera casuística, entre otras cosas, justamente por la complejidad que genéricamente caracteriza a los enunciados jurídicos internos y que, en este sentido, es mérito de Hart haber puesto de relieve. El contenido específico de la norma jurídica aceptada, *e.g.*, podrá dar lugar, en esta línea, a actos de habla de tipos diversos. *Cfr.* OLIVECRONA, 1962/2013; GUIBOURG, 1986: cap. 6. Hart mismo parece haber oscilado bastante respecto de este punto, y así pasó de sugerir que los enunciados que enuncian y aplican reglas constituyen una forma especial y compleja de actos de habla no-descriptivos (1953/1983: 26-27) a retrotraer esa sugerencia (HART, 1983: 3-6; véase TOH 2005: 99 y n. 40). Esto, sin embargo, encaja bastante bien con la presentación de su trabajo como el de un antecedente del expresivismo contemporáneo. Un último punto a tener en cuenta sobre este respecto (y que podrá apreciarse más en lo que sigue del cuerpo de texto) es que el expresivismo contemporáneo no se caracteriza sino de manera secundaria por lo que tiene para decir acerca de ciertos tipos de enunciados y actos de habla, y en cambio trabaja fundamentalmente sobre los estados mentales que subyacen a la formulación de ciertos tipos de enunciados y actos de habla (y que en este sentido tienen características que –por así decirlo– se derivan de la «presencia» de tales estados). Sobre esto véase SCHROEDER, 2008: 3. Así, Hart parece tener en su haber un elemento más con el que ser considerado un precursor del expresivismo contemporáneo, en la medida en que lo distintivo de su concepción de los enunciados jurídicos internos es la actitud de aceptación de quienes los formulan.

²² HART, 1961/1963: 142-144 y 250-251.

²³ HART, 1958: 92-93; HART, 1982: 146. Hay autores que han sostenido que la aceptación moral es necesaria al menos de parte de algunas personas en determinados contextos (en particular, los jueces en el ejercicio de sus funciones) y que ello supone una vinculación no-contingente entre derecho y moral. Véase MACCORMICK, 1978/1997: 63-64 y 139-140; NINO, 1985: caps. 3 y 7; POSTEMA, 1987. Para una discusión concreta de esta idea, véase CARACCILO, 1994/2009.

La aceptación es una actitud básicamente práctica y no teórica²⁴; consiste centralmente en una actitud crítico-reflexiva: quien acepta una norma está en disposición de utilizarla como un estándar de evaluación de la conducta propia y de otros, tanto para realizar críticas frente al apartamiento de lo establecido por dicha norma como para eventualmente elogiar la correspondencia entre ello y la conducta evaluada en cuestión. Hart encuentra que hay una conexión interna, conceptual, no-contingente, entre el hecho de que el aceptante afirme que existe una determinada norma jurídica aplicable a un caso y el hecho de que él, el mismo aceptante, considere que la norma le da una razón para actuar de cierto modo²⁵ (por cierto, las razones para actuar de todos modos no tienen por qué ser inderrotables para el aceptante²⁶). Este es un punto más en común con los autores expresivistas contemporáneos²⁷.

El hecho de que la aceptación no deba ser necesariamente moral implica la posibilidad de que se evalúe una conducta, propia o ajena, como correspondiente con exigencias jurídicas pero en última instancia inmoral y —a la inversa— como moralmente adecuada aunque criticable desde el punto de vista jurídico (es decir, desde el punto de vista de la norma aceptada y usada en el caso como estándar evaluativo)²⁸.

²⁴ CARACCILO, 1988: 50. A modo ilustrativo, uno podría querer usar de manera intercambiable las expresiones «estado mental» y «actitud proposicional» a la hora de referirse a la *aceptación*. Esto sería, no obstante, técnicamente impreciso, puesto que entre ambos hay una relación de género a especie, respectivamente. En particular, parece *prima facie* plausible sostener que el lenguaje normativo —justamente, al menos, desde el punto de vista del análisis expresivista— es no-proposicional. De modo que el estado mental de la aceptación se tiene respecto de un contenido no-proposicional y, por consiguiente, la aceptación misma sería por su parte una actitud no-proposicional. Por otro lado, sin embargo, parece que al menos en casos donde se usan *conceptos morales densos* (véase *supra*, n. 17), es plausible sostener que hay a su vez contenido específicamente proposicional (véase MORESO, 2008: 182). Creo innecesario en este contexto ahondar en las complejas consideraciones semánticas y metafísicas relativas a la detallada caracterización del tipo de contenido sobre el que es pasible la actitud de la aceptación. A modo de indiciaria introducción a tales cuestiones puede verse RODRÍGUEZ, 2012: 194-200 y SCHROEDER, 2008: 89-91 (esp. n. 1). Este último hace alguna puntualización a este respecto en el marco de una crítica particular al expresivismo (crítica particular que es a su vez parte de una objeción más amplia). Para una respuesta a esas objeciones véase GIBBARD, 2013: ap. 2.

²⁵ Es de central importancia notar que se trata de establecer que *para el aceptante* hay dicha conexión. Según la reconstrucción de Toh, no es Hart mismo quien afirma, desde su propia posición de teórico, que *en efecto* haya tal conexión. TOH, 2005: 81-82. En igual sentido sobre la reconstrucción de la posición hartiana, puede verse MARMOR, 2016: 68-69. Volveré sobre esto *infra* sección V.2.2.1.

²⁶ NAVARRO & REDONDO, 1991: 230.

²⁷ TOH, 2005: 79 y n. 9; GIBBARD, 1990: cap. 4 y GIBBARD, 2003: 108 y cap. 7.

²⁸ Podría decirse que atañe directamente a este punto la profusa discusión sobre el carácter unitario o fragmentario del razonamiento práctico. Desde una cierta perspectiva, lo sostenido en el cuerpo del texto supondría la negación de la tesis de la unidad, al hacer lugar a razones para la acción de diverso carácter y hasta en posible tensión entre sí. No estoy convencido, sin embargo, de que el debate

Asimismo, la idea de aceptación supone una diferencia con el cumplimiento de disposiciones jurídicas por el mero hecho del temor a una sanción, en la medida en que en este último caso es plausible excluir que el cumplimiento de lo establecido conlleve considerarlo como guía de la conducta propia y ajena: a quien sólo actúa como le es exigido por temor a ser castigado no parece plausible atribuirle que cuente con la disposición de criticar a quien no actúa del mismo modo; cabe intuir que su razón de actuar está muy probablemente restringida a la ocasión en concreto en la que siente la presión de la amenaza de una manera determinante²⁹.

Nótese además que esto no excluye que se pueda aceptar, también, por temor a la sanción. El caso de un juez aplicando una cierta regla por temor a la sanción parece bastante apropiado como ilustración. Supóngase que es perfectamente claro que un cierto caso C debe ser resuelto en el sistema S_j por aplicación de la norma X. El deber del juez de resolver aplicando el derecho correspondiente está consignado, digamos,

mencionado no verse fundamentalmente sobre la cuestión de la *prelación normativa* de un tipo de razones sobre las demás. Es decir, la tesis de la unidad del razonamiento práctico puede ser entendida al menos de dos maneras: como afirmando que no existen diversos caracteres y fuentes de razones para la acción, sino que todas son razones *prácticas*; o puede alternativamente ser entendida como afirmando –aunque sin negar una posible pluralidad de fuentes y de tipos de razones para la acción– que necesariamente hay un tipo de razón, de una cierta fuente, que siempre prevalece sobre las demás y que por ende es el determinante último de cómo se debe actuar, el determinante (único) de la *justificación* de la acción. Lo dicho en el cuerpo del texto sólo supone un compromiso con una de las partes de este debate si se entiende dicho debate del primer modo, pero en cambio desde el punto de vista del segundo (que creo que es la forma adecuada de entenderlo) el texto permanece neutral. Véase ALEXY, 1999; REDONDO, 1996: 239-251 (esp. 240-248, para formas adicionales de entender las tesis en disputa); y más *in extenso* DWORKIN, 2011: partes 1 y 2. Véase también TOH, 2008: 495-496.

²⁹ Esto no excluye, como sostiene el propio Hart, que las presiones sociales para la conformidad tengan, con carácter general, un rol determinante de las actitudes de aceptación (véase PINTORE, 2014). Ello se aprecia en algunos de los ejemplos de razones no-morales para la aceptación que he mencionado hace apenas un momento. A su vez, estos puntos sirven para distinguir la posición de Hart del emotivismo ético de su época, antecedente del expresivismo contemporáneo. Hart de hecho criticó sobre estas líneas a un conocido filósofo del derecho que en su momento distinguió también a su modo entre los puntos de vista interno y externo relativos al derecho (los puntos de vista desde los que se formularán enunciados, respectivamente, internos y externos) y que intentó dar un análisis emotivista de los enunciados jurídicos internos: Alf Ross (sobre la distinción entre puntos de vista rossiana, véase Ross, 1953/1963: cap. 2, AARNIO, 2011: cap. 11). La crítica de Hart estribaba por un lado en que Ross enfatizaba en su análisis un «sentimiento de compulsión», en clave emotiva, que no era para Hart ni condición necesaria ni suficiente para que se tome una cierta norma como estándar de evaluación de las conductas propias y ajenas; y por el otro en que el análisis de Ross tenía a los enunciados con contenido emotivo por genéricamente carentes de significado (Ross en esto seguía al primer Ayer, consustanciado con el positivismo lógico del Círculo de Viena: AYER, 1936/1971: cap. 6). Véase HART, 1959/1983 (esp. 167) y TOH, 2005: 95-96; también OLIVECRONA, 1962/2013; GUIBOURG, 1986: cap. 6. No es claro, sin embargo, que Hart diera del todo en el blanco en su crítica a Ross, porque como es sabido, *On Law and Justice* [1959], la versión inglesa del libro de Ross sobre el que Hart funda su crítica, tenía un grave problema de traducción: se ponía el equivalente al término en español *válido* allí donde correspondía el equivalente inglés al término *vigente*, esto es, lo que para Hart era un término normativo allí donde Ross utilizaba un término descriptivo.

en la norma Y. Esta norma Y exige, entonces —para C—, que se resuelva por aplicación de la norma X. Ahora bien, resulta que el juez de nuestro caso tiene afición por el tarot y en una lectura de cartas concluye que, para no ver su destino desfavorecido por la suerte, no debería aplicar X para resolver C. No obstante, el sistema S_j también contiene una norma Z que prevé un fuerte castigo por la mala aplicación del derecho. Pues bien, imaginemos que el juez finalmente aplica X al caso C, por temor a la sanción prevista por Z. En dicho supuesto, el juez en efecto acepta X, en la medida en que hace uso de ella como estándar de evaluación de la conducta de los sujetos involucrados en el caso C. Pero en cambio *no acepta* Y (o mejor: no acepta Y para el caso C)³⁰.

La aceptación, en tanto que la actitud crítico-reflexiva mencionada, y con la correspondiente conexión interna con la justificación de la conducta que supone para los aceptantes, constituye entonces, a la luz del expresivismo, un estado mental conativo, y no uno cognitivo³¹. Esto no implica que los enunciados jurídicos internos, expresivos de esta actitud, necesariamente *no puedan* ser susceptibles de verdad o falsedad, o —mejor— de corrección/incorrección³². Por un lado está la mencionada naturaleza híbrida de estos juicios, en la medida en que también cuentan con una parte descriptiva que como tal parece de plano susceptible de verdad o falsedad³³; por otro está el hecho de que mucho se ha trabajado (precisamente, en particular por parte de autores enrolados en el expresivismo metaético contemporáneo) por abonar la idea de que incluso los enunciados internos puros pueden también ser calificados como verdaderos o falsos de ciertos modos³⁴. Por lo demás, parece —en principio, al

³⁰ El de la relación entre la noción hartiana de aceptación y el poder motivacional que tiene la amenaza de sanción es uno de los temas centrales del reciente libro de Frederick Schauer, *Fuerza de ley* (SCHAUER, 2015: caps. 4-7). Desafortunadamente, creo que Schauer pasa por alto el punto aquí señalado en el cuerpo de texto. Formulo algunas apreciaciones sobre dicho trabajo en RAPETTI, 2015a y RAPETTI, 2015b.

³¹ GIBBARD, 1990: 74-75.

³² Véase HART, 1961/1963: 151; HART, 1982: 145-146.

³³ Además, recuérdese lo dicho *supra*, n. 17: en nuestro medio, José Juan Moreso ha insistido en diversas ocasiones sobre la posibilidad de manejar a los conceptos morales densos dentro de un plano de cierta objetividad indubitable, dada por el contenido descriptivo que los compone. Véase, *e.g.*, MORESO, 2001/2002: 99-100; MORESO, 2008: 182-183.

³⁴ A la manera de indicación general puede decirse que en esta línea la noción de verdad de los juicios normativos está ligada a una idea de coherencia y consistencia entre los diversos juicios de un mismo hablante. Véase BLACKBURN, 1984: cap. 6 (esp. secc. 3); BLACKBURN, 1998; GIBBARD, 2003: caps. 3, 4, 9 y 12. Con estas propuestas se trata de cumplir con una exigencia metodológica consistente en intentar dar cuenta, en la medida de lo posible, del «valor superficial» de los discursos de primer orden de la práctica que se esté investigando (véase SMITH, 1994/2015: cap. 1; GRACIA, 1998: 19-20; ARENA, 2016: 207-209 y, de mayor generalidad, STRAWSON, 1992: caps. 1-2). En el caso de prácticas aparentemente normativas como la moral y el derecho, parece un dato que los participantes hablan (emiten juicios/formulan

menos— que en la medida en que se trata de enunciados que expresan la aceptación de una norma que se considera válida de acuerdo a los criterios de validez que compone la regla de reconocimiento del sistema de que se trate, es posible predicar la verdad o falsedad de tales enunciados si la norma es en efecto válida de acuerdo a los criterios del sistema³⁵.

II

LOS ENUNCIADOS JURÍDICOS NO COMPROMETIDOS

Como es sabido, Joseph Raz ha criticado a Hart el no hacer lugar en su instrumental teórico a una tercera clase de enunciados jurídicos: los llamados «enunciados jurídicos no comprometidos» [*detached*]³⁶. En sus propias palabras, un enunciado jurídico no comprometido

es un enunciado sobre el derecho, sobre qué derecho u obligaciones jurídicas tienen los individuos, no un enunciado sobre las creencias, actitudes o acciones de los individuos ni tampoco acerca de sus creencias, actitudes o acciones hacia el derecho. Sin embargo, un enunciado normativo [no comprometido] no contiene la fuerza normativa completa de un enunciado normativo ordinario. Su emisión no compromete a quien lo dice a las opiniones normativas que su dicho expresa.

Los consejos de los abogados a sus clientes, las exposiciones de los profesores de derecho frente a sus estudiantes, frecuentemente pertenecen a esta categoría.³⁷

Y también:

Tales enunciados simplemente afirman lo que uno tiene razones para hacer desde el punto de vista jurídico, es decir, lo que debe hacerse si las normas jurídicas son normas

enunciados de primer orden) como si lo que dicen fuese susceptible de verdad o falsedad. Puede que finalmente se deba concluir que se trata sólo de un *como si*, de una apariencia, y hasta que en este sentido todo el discurso de primer orden está errado o confundido, pero el reto consiste en que esta sea una conclusión ineludible tras la puesta a prueba de alternativas explicativas. Para muestras —con distinto grado de severidad— de análisis con conclusiones de este último tipo, véase AYER, 1936/1971: cap. 6; BULYGIN, 1981/1991: 430-432; MACKIE, 1977a: cap. 1.

³⁵ GIBBARD, 1990: 87; MILLER, 2003: 102 y 109.

³⁶ RAZ, 1979/1985: 196 ss. Con esta denominación me aparto de la traducción de Rolando Tamayo y Salmorán, quien los llama «imparciales»; hago este giro para seguir el uso predominante en nuestros días. Véase también RAZ, 1975/1999: 170-177. La crítica de Raz a Hart está en RAZ, 1975/1999: 211 (n. 3); allí sostiene que Hart reduciría estos enunciados a alguno de los dos tipos básicos que había tratado en *El concepto de derecho*. Para la admisión posterior que hace Hart de la categoría, véase HART, 1982: 155-156; HART, 1983: 10, 14-15.

³⁷ RAZ, 1979/1985: 196.

válidas. Pero no afirman este condicional. No afirman que si el derecho es válido eso es lo que debe hacerse. Ni afirman qué es lo que debe hacerse. Estos enunciados no presuponen que el derecho es válido.³⁸

Los enunciados de esta clase se distinguirían de los enunciados internos, sobre cuyo análisis hartiano se ofreció más arriba una reconstrucción y que a partir de este punto denominaré, siguiendo un uso ya establecido, enunciados jurídicos «comprometidos». La diferencia central estribaría en que en estos últimos se expresa en efecto la aceptación de las normas sobre las que versen, pero no así en los enunciados no comprometidos³⁹. Para el propio Raz los enunciados no comprometidos no son sólo una especie distinta del género «enunciado jurídico interno»⁴⁰, sino una tercera categoría de enunciados, no reconducible a ninguno de los dos tipos hasta aquí vistos. Toh sin embargo sostiene que tanto enunciados comprometidos como no comprometidos son dos especies del mismo género, a saber, el de los enunciados internos⁴¹. De ser así, pareceríamos estar en la necesidad de recharacterizar a los enunciados internos genéricamente considerados, porque el carácter interno ya no tendría que ver con la aceptación a la hora de formularlos (estamos asumiendo que los enunciados no comprometidos son internos pero no expresan aceptación). Al menos un tipo de enunciado interno no giraría en torno a la aceptación⁴². Pero en realidad, como se explica a continuación, quizás este no sea el caso.

De acuerdo con Toh, Raz ha caracterizado a los enunciados comprometidos como aquellos que reúnen dos condiciones, a saber

³⁸ RAZ, 1975/1999: 175. La traducción es propia. El original dice: *Such statements simply state what one has reason to do from the legal point of view, namely, what ought to be done if legal norms are valid norms. But they do not state this conditional. They do not state that if the law is valid that is what ought to be done. Nor do they state what ought to be done. They do not presuppose that the law is valid.* Hay autores que le han discutido a Raz que no se trate de enunciados que puedan reducirse a condicionales, en contra de lo que surge del pasaje citado. Véase BULYGIN, 1981/1991: 436-437 y SOPER, 1995: 372, n. 16.

³⁹ Cristina Redondo sostiene que en realidad el carácter de comprometido o no comprometido ha de predicarse de los hablantes y no de los enunciados, al no ser estos últimos genuinamente aptos para recibir tales calificativos. REDONDO, 1996: 124. El punto es de especial interés para nosotros ahora, porque permite a su vez resaltar el carácter expresivo de los enunciados internos: a través de este género de enunciados se expresa el compromiso o (como se verá de inmediato) la falta de éste respecto de ciertos contenidos normativos.

⁴⁰ RAZ, 1981: 455-457; BULYGIN, 1981/1991: 429.

⁴¹ TOH, 2008: 460, n. 13.

⁴² TOH, 2007: 409.

a) suponen la aceptación *completa* de una norma, lo cual significa que se trata de enunciados de razones para la acción (incluyente de derechos y obligaciones) que se aplican a todos aquellos a quienes esté dirigida la norma, y

b) suponen que la aceptación en cuestión tiene en efecto carácter moral.

La razón de b), según Raz, es que sólo tiene sentido que el hablante pretenda que una norma provee de razones para la acción a (establece derechos y/u obligaciones para) todos sus destinatarios —y no sólo a él, el hablante mismo— si es que su compromiso con la norma es moral. Si uno aceptara por razones no-morales, según Raz, no estaría en condiciones de sostener que la norma se aplica a otros, distintos de sí mismo⁴³. En este sentido, los enunciados jurídicos comprometidos serían equivalentes a enunciados internos morales. De aquí que para Raz sea central el rol de los enunciados jurídicos no comprometidos, pues sólo con ellos, según él, podría darse cuenta de un discurso de participantes de la práctica jurídica que no suponga una conexión necesaria con la moral y, por ende, sólo por ellos es que el positivismo jurídico podría mantenerse en pie.

Téngase en cuenta que el propio Raz reconoce, asimismo, que aunque los enunciados no comprometidos no podrían ser reducidos ni a los comprometidos ni a los externos, en algún sentido son parasitarios, conceptualmente dependientes, de aquellos⁴⁴. Él mismo no explica demasiado en qué consiste esta prelación conceptual, pero lo dicho hasta aquí provee de un indicador. Esto es complementado por Toh, quien sostiene que, más allá de las oscilaciones de Hart a partir de este punto de Raz⁴⁵, el modelo hartiano de análisis para los enunciados comprometidos puede extenderse fácilmente a los enunciados no comprometidos. La idea es que lo central (definitorio del carácter interno de ciertos enunciados, por oposición al carácter externo de otros) es la noción de *aceptación*. Los enunciados comprometidos se definen por expresar aceptación. Pero ella también caracteriza a su modo a los enunciados no

⁴³ En esto puede basarse la consideración de que Raz es partidario de una concepción unitaria del razonamiento práctico. En contraste con la aceptación completa, se encuentra la aceptación *débil*, que consiste en que sólo conlleva la afirmación de razones para la acción respecto del propio aceptante. Si la aceptación es débil en el sentido de Raz, significa que sólo hay presente en el aceptante una disposición a juzgar la conducta propia, pero no la de los demás. RAZ, 1979/1985: 198, n. 13 y RAZ, 1981: 454-455. También TOH, 2007: 414-415.

⁴⁴ RAZ, 1975/1999: 172. También NINO, 1994: 47 (que habla en términos de *primacía lógica*).

⁴⁵ Véase el *racconto* que Toh hace al respecto en TOH, 2007: 415-420.

comprometidos⁴⁶: éstos últimos se definen a su vez por incluir una *simulación* de un estado de aceptación⁴⁷.

El esquema de análisis que Toh reconstruye sería como sigue⁴⁸:

(HTi) Un hablante formula un enunciado jurídico interno no comprometido si y sólo si

(i) expresa *un estado psicológico que simula la aceptación* de alguna norma en tanto que válida de acuerdo a los criterios de validez de la regla de reconocimiento de un determinado sistema jurídico, y

(ii) presupone⁴⁹

⁴⁶ Para comentarios de Toh sobre la prioridad conceptual de los enunciados internos comprometidos y externos, en relación con los internos no comprometidos, véase también TOH, 2008: 459-460 y TOH, 2011: 110-111. En este último lugar Toh señala (n. 5) que también hay una prelación conceptual entre enunciados internos comprometidos y enunciados externos; los primeros serían prioritarios respecto de los segundos dado que los enunciados externos consistirían en última instancia, según él, en atribuciones de aceptación de normas y de las expresiones de ésta a ciertos hablantes. Así, el significado genérico de los enunciados no comprometidos y de los enunciados externos se explica en función del significado genérico de los enunciados comprometidos. A lo largo de este capítulo, cuando me refiera sin más a «enunciados internos», deberá entenderse que aludo a los enunciados internos comprometidos.

⁴⁷ Luís Duarte d'Almeida ha ofrecido una reconstrucción de los enunciados no comprometidos de Raz diciendo que en realidad no expresan aceptación (ni no-aceptación) de ningún modo. En sus palabras: *la diferencia entre enunciados 'no comprometidos' y 'comprometidos' no depende de si el propio hablante de hecho cree en o acepta el 'punto de vista' adoptado, sino más bien de si tal aceptación es expresada o queda implicada en la formulación del enunciado. Los enunciados 'comprometidos' expresan o implican la aceptación por parte del hablante del 'punto de vista' adoptado, y los enunciados 'no comprometidos' no lo hacen –sea o no, en cualquiera de los dos casos, que el hablante de hecho acepte dicho punto de vista* (DUARTE D'ALMEIDA, 2011: 179-180; la traducción me pertenece). No creo que esto se oponga necesariamente a la caracterización de los enunciados no comprometidos como compuestos por un estado de simulación de la aceptación (aunque él no parece compartirla: DUARTE D'ALMEIDA, 2011: 183, n. 105). En cualquier caso, Duarte concluye su reconstrucción con la idea de que los enunciados no comprometidos son formulados desde el «punto de vista del derecho» raziano, pero resulta que este punto de vista no es ni más ni menos que el del aceptante del derecho (RAZ, 1975/1999: 127-128, 171-172). De todos modos, el objetivo central del trabajo de Duarte es el de intentar mostrar que en definitiva los enunciados no comprometidos son prácticamente un *tertium non datur*, reducibles siempre a enunciados externos o bien a enunciados internos comprometidos (porque los enunciados no comprometidos carecerían siempre o bien de contenido informativo útil a su destinatario o bien de un propósito de otro modo no-trivial). Toh mismo plantea algunas dudas sobre la posibilidad de sostenerlos como un tercer tipo de enunciado (TOH, 2007: 407-411), aunque finalmente deja abierto un espacio conceptual para la categoría. Para una discusión de las críticas a Raz en este aspecto (incluidas las de Toh) pero que es a la vez una profundización de la tesis eliminativa de los enunciados no comprometidos, véase MUFFATO, 2013.

⁴⁸ Para otra reconstrucción en términos de *simulación* de la categoría de enunciados no comprometidos introducida por Raz, véase KRAMER, 1999: 165-170. El propio Hart se refiere a esta categoría de enunciados en términos de simulación y análogos en HART, 1982: 156-157; HART, 1983: 10.

⁴⁹ Siguiendo a Stalnaker (STALNAKER, 1973: 448-449), Toh sostiene que la presuposición no tiene que ser necesariamente sincera, en el sentido de que de hecho se crea la verdad de lo que se presupone. La presuposición en propiedad no requiere la creencia en la verdad de lo presupuesto (TOH, 2007: 414, n.

- ii.1- el contenido de dicha regla de reconocimiento, y
- ii.2- la eficacia de esa regla de reconocimiento⁵⁰.

Más allá , entonces, de que aparentemente la noción de aceptación puede seguir ocupando el puesto central para la calificación de ciertos enunciados relativos al derecho como internos y pueda entonces agruparse a enunciados comprometidos y no comprometidos como especies de un mismo género, es además el caso que algunas otras observaciones razianas sobre el tema bien pueden ser discutidas. Como se vio más arriba, para Raz los enunciados comprometidos implican a la vez una aceptación («completa») de tipo moral y la disposición a predicar, de la norma aceptada, que

35). Un esquema de análisis alternativo que Toh no explora pero que parece estar claramente a su alcance, dado su basamento en la investigación de Stalnaker sobre las presuposiciones, consistiría en sostener que en los enunciados no comprometidos *se presupone la operatividad de una norma* (en lugar de simularse su aceptación). Esto requiere de lo que Stalnaker llama «noción *pragmática*» de las presuposiciones (STALNAKER, 1973: 447-448), sobre lo que se volverá en breve. Por ahora, no obstante, considérese que para Stalnaker la presuposición en este sentido es un estado mental (STALNAKER, 1973: 450), tal como la aceptación hartiana. Un análisis de los enunciados no comprometidos en términos sólo de presuposición (y no de aceptación + presuposición) parece contar con la ventaja de la mayor simplicidad. Uno podría intentar responder que la actitud de la presuposición, a diferencia de la de aceptación, no implica una conexión directa con las razones para la acción: en efecto, el de la presuposición es un estado de carácter *en principio* cognitivo, mientras que el de la aceptación es conativo. Pero, ¿por qué debería importarnos la falta de esa conexión cuando se trata de enunciados no comprometidos, que se pretenden para, justamente, no comprometerse con la influencia en las conductas de los contenidos normativos que a través de ellos se maneja? A fin de cuentas, esa necesidad de dar cuenta del desligue con las razones para la acción es lo que lleva a Toh a proponer que en la formulación de enunciados no comprometidos la aceptación no figura genuinamente, sino sólo en forma simulada. Véase además *infra*, n. 58, una consideración que refuerza aún más este punto.

⁵⁰ Recuérdese que éste, a diferencia del esquema de análisis presentado anteriormente, no representa la reconstrucción del análisis de Hart de los enunciados no comprometidos. Hart no se refiere originalmente a esta clase de enunciados en particular, de modo que se trata de un esquema de análisis filo-hartiano: el que, según Toh, Hart podría haber ofrecido con sus propios y previos recursos, de habérselo propuesto. Este tampoco es exactamente el esquema que presenta Toh en concreto respecto de ese análisis filohartiano. Como dije al presentar su análisis anterior, Toh mismo varió su reconstrucción del esquema de análisis hartiano de los enunciados comprometidos. Pues bien, la presentación que hace (en TOH, 2007: 414) de este otro análisis filohartiano de los enunciados no comprometidos es anterior a dicha modificación, y hasta donde sé no ha sido correspondientemente actualizada. Lo que presento en el cuerpo del texto es, entonces, una versión revisada por mí para dejarla en consonancia con la última presentación de la reconstrucción del análisis de los enunciados comprometidos. Como se verá al comienzo de la siguiente sección, para el Hart leído por Toh, en la formulación de un enunciado jurídico comprometido estándar la presuposición del contenido de la regla de reconocimiento es también de carácter normativo-expresivo (a diferencia de la presuposición de su eficacia, que es de carácter factual). Toh no aclara qué carácter asignarle a dicha presuposición del contenido de la regla de reconocimiento cuando se trata de la emisión de enunciados jurídicos no comprometidos. A mi entender, según esta línea en un enunciado estándar de este tipo dicho contenido puede resultar de manera indistinta aceptado genuinamente o aceptado sólo de manera simulada: lo que define a los enunciados no comprometidos como tales es que la aceptación sea meramente simulada respecto de la norma concreta sobre la que versa el enunciado en cuestión.

genera razones para la acción para todos sus destinatarios y no sólo para el hablante (o como también se las suele llamar: razones *categorías*). Justamente, esto último sería sólo posible si se asume el carácter moral de la aceptación (*i.e.*, la primera característica mencionada).

Pero no parece haber buenas razones para suscribir esa premisa. Es posible decir que una norma genera razones para la acción a todos sus destinatarios aún si no se la acepta desde el punto de vista moral. Toh señala que hay muchas otras áreas desde las que se formulan enunciados normativos que se proponen ofrecer razones *categorías*, como sucede con algunos enunciados estéticos, prudenciales o de etiqueta⁵¹. Asimismo, muestra que Raz (y probablemente también Hart) aparentemente confunde la distinción entre los enunciados normativos que se proponen ofrecer razones *categorías* para la acción y aquellos que sólo enuncian razones que se aplican al propio hablante, con la distinción entre los enunciados que describen ciertas entidades normativas y los que expresan alguna actitud conativa. Así resultaría que los enunciados que expresan actitudes conativas no pueden pretender ofrecer razones *categorías* para la acción. Pero no se ve por qué hacer colapsar estas distinciones y sostener dogmáticamente que no se pueden formular enunciados normativos que pretendan ofrecer razones *categorías*. Parece mucho más plausible sostener que lo que hace que se trate de enunciados que pretendan ofrecer razones *categorías* o no es el propio contenido de las normas cuya aceptación se exprese (o simule expresar) a través de esos mismos enunciados. Las normas aceptadas serán *categorías* o no, y ello determinará si el enunciado del caso tiene ese mismo carácter. Pero la aceptación en cuestión (real o simulada) no tiene por qué verse condicionada por este punto⁵².

Por otro lado, recuérdese que en la caracterización que ofrece, Raz parece decir que el de los enunciados jurídicos no comprometidos es el tipo de enunciado que la teoría puede ofrecer para dar acabada cuenta del discurso práctico de los participantes en el derecho (y por cierto, una supuesta carta de supervivencia para el positivismo

⁵¹ Por supuesto, sostener que hay tipos de enunciado que se proponen ofrecer —o poner de relieve la existencia de— razones *categorías*, no supone un compromiso con que de hecho haya las razones a las que sea que tales enunciados se refieran.

⁵² Toh, 2007: 418-420. Más adelante se verán otros modos en que sí se condiciona la aceptación, que son muy relevantes en la propuesta de Toh para dar cuenta de los desacuerdos en el derecho: *infra*, sección V.2.2.2.3.

jurídico). Pero no se ve qué tipo de información se puede proveer a través de esta clase de enunciados que no pueda ser ofrecida asimismo a través de enunciados externos, sean puramente asertivos, sean condicionales (*e.g.*, «De acuerdo al derecho de la comunidad, usted debe pagar X monto por impuesto a la renta», «Si usted acepta los criterios de validez del sistema, tenga presente que la norma N se condice con ellos», etc.)⁵³.

III

ASEVERACIÓN VS. PRESUPOSICIÓN

La precedente discusión de una tesis raziana nos permite pasar a otra, que Toh realiza también en relación con la empresa de reconstruir adecuadamente la distinción de Hart entre enunciados internos y externos. De acuerdo con Raz, del análisis hartiano de los enunciados jurídicos internos surge en efecto que se trata de enunciados que expresan la aceptación de una norma que se considera validada por los criterios que conforman la regla de reconocimiento del sistema. Pero según su interpretación estos enunciados suponen también la *aseveración* implícita o entimemática de cuáles son los criterios en cuestión (al menos, el que sea que se considera que valida la norma cuya aceptación se exprese) y la creencia en la eficacia (creencia compartida) de dichos criterios⁵⁴. Toh en cambio sostiene que el segundo elemento que integra los enunciados internos no es la *aseveración* implícita sino la *presuposición* de los criterios de validez y su eficacia. La diferencia es grande porque si lo que se hace al emitir un enunciado interno es aseverar cuáles son los criterios y la eficacia de ellos, el error en la aseveración, *i.e.*, el hecho de que no se afirme algo verdadero, convierte al enunciado en cuestión, *ipso facto*, en uno defectuoso, equivocado.

Es importante recordar que en el esquema hartiano los enunciados internos, más allá de expresar la aceptación de una norma, aseveran (según Raz) o presuponen (según Toh) dos cosas:

⁵³ Este es un punto especialmente enfatizado en los ya referidos trabajos de BULYGIN, 1981/1991 y DUARTE D'ALMEIDA, 2011.

⁵⁴ TOH, 2007: 405-406; RAZ, 1993: 148; RAZ, 1981: 448.

1) una *expresión* (del hablante) de cuáles son los criterios de validez (y su contenido) constitutivos de la regla de reconocimiento —lo cual se marcaba en el ítem (ii.1)— y
2) la eficacia de dichos criterios —*i.e.*, que la generalidad de los miembros de su misma comunidad comparten el que sean esos, en efecto, los criterios correspondientes (ítem (ii.2)).

En relación con (ii.1), imagínese un hablante que formula el enunciado jurídico interno E, en el que expresa su aceptación de la norma N, a la que considera validada por la regla de reconocimiento R. Si al hablante se le consultara por el contenido de R, podría intentar responder con afirmaciones acerca de lo que consideran otros miembros de su comunidad (*e.g.*, los jueces), con datos sobre la manera en que históricamente se han resuelto casos judiciales, etc. Pero en última instancia, de seguir siendo presionado con la pregunta de cuál es el contenido de R (o con la pregunta de por qué él sostiene que ese y no otro es el contenido de R), el enunciado con el que responda será de carácter interno: un enunciado que expresará la aceptación de un cierto contenido en tanto que el de R.

De modo que es en lo señalado en (ii.2) donde reside lo que, potencialmente, puede hacer *ipso facto* a la corrección o incorrección del enunciado, si se lo toma —à la Raz— como aseverando implícitamente lo que en ese ítem se captura. Porque es ese elemento el componente descriptivo de dichos enunciados, de modo que respecto de él la aseveración (o presuposición, en el modelo de Toh) es *factual*.

Para comprender adecuadamente la reconstrucción de Toh y su diferencia con la de Raz hay que distinguir entre dos tipos de presuposición. La diferencia es importante para la manera en que a partir de una y otra forma de comprensión de los enunciados internos podremos luego dar cuenta de cómo se comporta (y puede comportarse) un hablante al formular este tipo de enunciados. Siguiendo a Stalnaker, podemos decir que hay dos grandes maneras de caracterizar a las presuposiciones: una semántica y una pragmática.

Una presuposición tiene carácter *semántico* cuando hace al significado del enunciado en que tiene lugar. Bajo la concepción semántica hay una relación —precisamente: semántica— entre el enunciado formulado y la presuposición (*i.e.*, ésta es un enunciado presupuesto por el formulado). Las presuposiciones semánticas

forman parte de las oraciones y enunciados formulados⁵⁵. En este sentido, una oración presupone a otra en el caso de que esta última deba ser verdad para que la primera siquiera pueda tener un valor de verdad.

Si la presuposición tiene carácter semántico, las cosas no se nos presentarán muy distintas a como sucede con el modelo raziano. Un hablante que se equivoca en su presuposición factual (relativa a la eficacia de los criterios de reconocimiento con los que considera validada la norma que acepta) formula un enunciado defectuoso, por resultar carente de valor de verdad⁵⁶ y por ende tendría una razón para retirar su enunciado, para desdecirse, si llega a conocer que en ese punto se equivocaba. Tal como sucedería si el enunciado más bien supusiese la afirmación tácita de dicho contenido factual (*i.e.*, el modelo raziano).

En cambio, si se toma la noción de presuposición como de carácter *pragmático*, el error factual no conduce inexorablemente a la necesidad de desdecirse del enunciado formulado. En sentido pragmático, la presuposición no representa una relación entre dos enunciados, sino una relación entre un enunciado y ciertos hechos relativos al hablante, a quien formula el enunciado (creencias, intenciones, expectativas)⁵⁷. En general, puede decirse que las presuposiciones en este sentido son lo que el hablante toma como un trasfondo de conocimientos compartidos con su audiencia⁵⁸.

⁵⁵ STALNAKER, 1973: 451.

⁵⁶ STALNAKER, 1973: 451-452; TOH, 2005: 113, n. 57.

⁵⁷ STALNAKER, 1973: 447.

⁵⁸ Originalmente, Stalnaker pasaba a calificar a la presuposición en este sentido como una actitud proposicional más. Esto parece haber cambiado en su obra con el paso del tiempo, dado que –aunque mantiene las líneas fundamentales que aquí se han expuesto– sostiene ahora que el presuponer no es una actitud mental como el creer, sino más bien una «disposición lingüística»: una disposición a comportarse en el uso que uno hace del lenguaje como si tuviese ciertas creencias o estuviese bajo ciertas asunciones (STALNAKER, 1999: 52). Véase *supra* n. 24.

Entre las características que supone la presuposición entendida al modo pragmático según la propuesta y defensa de Stalnaker se cuentan:

1) Que el hablante y su audiencia no tienen por qué dar por sentado que aquello que presuponen es verdadero; pueden incluso saber que es falso pero seguir presuponiéndolo al sólo efecto de llevar adelante la conversación.

2) Asimismo, la presuposición en este sentido implica la «asunción» de que la audiencia sabe qué es aquello que se da por supuesto, pero en realidad esta es también, en sí misma, una presuposición, en el sentido de que no hace falta que verdaderamente se crea esto: aquí también, esta asunción puede ser ficta, y mantenerse a efectos de la conversación aún a sabiendas de que la audiencia realmente no sabe qué es lo que se está dando por supuesto (como ejemplifica Stalnaker, en algunas situaciones el propósito central al formular un enunciado puede ser justamente el de comunicar una presuposición

Esta noción es la que Toh considera más apropiada para la reconstrucción del análisis que Hart hace de los enunciados jurídicos internos⁵⁹, entre otras cosas porque Hart afirma que aunque la verdad de la presuposición factual acerca de la eficacia de la regla de reconocimiento hace a la «normalidad» de los enunciados internos, es posible realizar enunciados exitosos, felices, de este tipo incluso cuando la presuposición resulta ser falsa. Lo central para adscribir a Hart en su análisis de la clase de los enunciados internos el manejo de una noción de presuposición en general, y de una concepción pragmática de ésta en particular, tiene que ver precisamente con que permite explicar que el autor inglés afirme que se puede hacer un uso útil y apropiado de enunciados internos incluso cuando la condición de eficacia de los criterios presupuestos no se obtiene (y aún más: incluso si el propio hablante sabe que no se obtiene)⁶⁰.

Este punto tiene importantes consecuencias para terminar de relevar el instrumental teórico ofrecido por el propio Hart para encarar el desafío de Dworkin basado en los desacuerdos fundamentales en la práctica jurídica. Sin embargo, un pequeño sumario de lo visto hasta ahora será, creo, muy útil.

IV

RECAPITULACIÓN

a) Hart distingue entre enunciados jurídicos internos y externos. Mientras que los primeros son enunciados *de* derecho, hechos desde el punto de vista de un adherente

requerida por el enunciado mismo. Así, cuando al padre de una niña se le pregunta «¿Qué edad tiene él?» y el padre responde «Ella tiene 10 meses». STALNAKER, 1973: 449).

3) Se puede estar presuponiendo algo con un enunciado incluso si nada de lo que se dice o hace al formular el enunciado así lo indica.

4) La concepción pragmática de la presuposición no excluye, sino que puede abarcar dentro de sí, a la concepción semántica. Si se considera que son las personas y no los enunciados quienes cuentan con presuposiciones, queda aún abierta la posibilidad de sostener que un enunciado tiene una presuposición (en un *derivado* sentido semántico) cuando el uso de dicho enunciado resultaría por alguna razón normalmente inapropiado a menos que el hablante presupusiera alguna proposición en particular.

⁵⁹ Nuevamente, el trabajo exegético de Toh respecto de la obra de Hart me parece tanto admirable como sustancialmente acertado, pero dada su extensión me limitaré a hacer las referencias bibliográficas del caso. Véase TOH, 2005: 110-114; TOH, 2008: 482-486; TOH, 2011: 117, ns. 12-13. Téngase en cuenta, no obstante, que la posición de Hart es, para Toh, fructífera, pero desacertada en ciertos puntos, que con su propia propuesta intentará enmendar. Por supuesto que se profundizará en esa propuesta suya (*infra*, sección V.2).

⁶⁰ HART, 1959/1983: 168; HART, 1961/1963: 129-130; TOH, 2005: 113.

a un sistema jurídico, los segundos son enunciados *acerca* del derecho, realizados desde un punto de vista ajeno al derecho mismo. Aunque las formas gramaticales presentan ineludibles problemas de ambigüedad, en principio pueden darse como ejemplos razonablemente claros de uno y otro tipo de enunciado casos como los siguientes:

E.Int.=> Tienes el deber de pagar el impuesto T.

E.Ext.=> En la comunidad a la que Diego pertenece, se hace que quienes están en una situación como la suya (definida por las características a, b, c, ...n) paguen el impuesto T⁶¹.

b) Mientras que los enunciados internos son normativos, los externos son descriptivos. Estos últimos suponen una actitud proposicional cognitiva (típicamente una creencia), mientras que los enunciados internos son la manifestación de un estado mental de carácter conativo de parte del hablante.

c) El estado mental en cuestión, distintivo de los enunciados jurídicos internos y que los hace enunciados de tipo normativo, es la *aceptación* de una norma o conjunto de normas, que a su turno se considera/n validada/s por los criterios de validez del derecho de la comunidad, constitutivos de la regla de reconocimiento de ésta.

d) En línea con los autores expresivistas en la metaética contemporánea, Hart nos presenta un análisis «oblicuo» de este tipo de enunciados, esto es, ofrece una caracterización de qué es lo que genéricamente hace un hablante al formular enunciados de este tipo. Los enunciados jurídicos internos son entonces presentados por Hart como enunciados que expresan la aceptación de una o más normas, consideradas por el hablante válida(s) según la regla de reconocimiento correspondiente.

e) A su vez, la aceptación de normas en este sentido supone la disposición a utilizarlas como guías de conducta y evaluación, tanto positiva como negativa, del comportamiento, sea propio o ajeno.

f) De manera que la aceptación tiene un vínculo conceptual con la consideración de razones para la acción y la justificación de la conducta.

⁶¹ Se podría realizar una tipología de enunciados, tanto internos como externos, atendiendo a quiénes son los sujetos hablantes, a quiénes son los sujetos referidos por los enunciados, siguiendo la clasificación tripartita de enunciados externos que ofrece Hart (véase *supra*, n. 12), etc. Sin embargo, ello no es necesario para mis actuales fines.

g) Sin embargo, la aceptación puede darse por una multiplicidad de motivos. Todo lo que la aceptación exige (lo que la constituye, en efecto) es la disposición (que no es necesariamente inderrotable) a utilizar la norma aceptada como parámetro de evaluación de conductas. Esta falta de conexión necesaria entre la aceptación de normas jurídicas y algún motivo en particular permite rechazar un intento de establecer una conexión necesaria entre derecho y moral, en la medida en que no es necesario que la aceptación de normas esté condicionada a la aprobación moral de aquello que es objeto de la aceptación. Por otra parte, el que la aceptación se constituya y evidencie en la disposición a la evaluación de acuerdo a los parámetros aceptados permite distinguir los comportamientos (y los enunciados correspondientes) con una genuina pretensión normativa de aquellos que se deban al mero temor a ser sancionado.

h) Los enunciados jurídicos internos son normativos en virtud del componente de expresión de la aceptación de normas que contienen. Sin embargo, poseen también un elemento descriptivo y en este sentido puede decirse que se trata de enunciados «híbridos». El elemento descriptivo consiste en la presuposición, de carácter pragmático, de que la regla de reconocimiento —en función de la cual se considera validada la norma cuya aceptación expresa el enunciado— es generalmente seguida y utilizada por (al menos buena parte de) los funcionarios de la comunidad. Esta presuposición es, con ello, de tipo (*i.e.*, de *objeto*) factual, una presuposición de que ciertos hechos del mundo son el caso.

i) El contenido específico de la regla de reconocimiento es también presupuesto en la formulación de un enunciado interno. La presuposición en cuestión, sin embargo, no es ya de tipo factual, sino también normativo. De modo que un enunciado interno expresa la aceptación de una norma a la vez que presupone la aceptación de otra, a saber, la regla de reconocimiento.

j) El que parte de los enunciados internos sea una presuposición (factual) de tipo pragmático permite entender que se puedan formular y sostener en conversación y discusión enunciados de esta clase, con sentido, y sin que haya de tenérselos por defectuosos, cuando se sabe que la regla de reconocimiento que presuponen no es eficaz en el sentido indicado.

k) Los llamados «enunciados jurídicos no comprometidos» son enunciados también internos y también de carácter normativo, aunque su fuerza normativa es menor, porque en ellos no se expresa genuinamente la aceptación de normas, sino que se la simula.

l) Los enunciados jurídicos internos parecen, en principio al menos, susceptibles de verdad y falsedad; o mejor: de corrección e incorrección.

V

DESACUERDOS

1. El desafío de Dworkin frente al entramado teórico hartiano

De acuerdo con Toh, el desafío dworkineano dirigido contra el positivismo jurídico sobre la base de desacuerdos se sostiene fundamentalmente en la consideración del positivismo como una teoría semántica, esto es, tal como lo presenta Toh, como una teoría abocada a la explicación del significado de las proposiciones jurídicas a través del análisis de las condiciones de verdad de éstas. En tal sentido, el interés de Dworkin por los «fundamentos de derecho» sería el interés por el significado de las proposiciones jurídicas⁶². En la terminología que ahora estamos usando, se trataría del interés por el significado de los enunciados jurídicos internos. Como hemos visto en el primer capítulo, a su vez Dworkin desarrolla cuál es la particular concepción semántica con la que entiende comprometido al positivismo jurídico, es decir, con la que entiende que el positivismo intenta llevar a cabo el trabajo

⁶² Como en el capítulo anterior vimos que sostiene Ratti, Toh también detecta una ambigüedad en el planteamiento de Dworkin respecto de su noción de «fundamentos de derecho». Según se recordará, en líneas generales la idea de Dworkin es que toda proposición jurídica es verdadera o falsa en virtud de alguna otra proposición, más fundamental, que actúa como condición de verdad de la primera. De acuerdo con Toh, la ambigüedad en la noción de «fundamento de derecho» proviene precisamente de una ambigüedad antecedente en la noción de «condición de verdad» tal como la usa Dworkin. Ahora bien, por supuesto que el análisis de las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas es una de las tareas propias de la filosofía del derecho. Se trata de establecer el significado de dichas proposiciones a través del análisis. Este es uno de los sentidos en que Toh señala que Dworkin alude a la idea de condiciones de verdad (véase DWORKIN, 1986: 418-419, n. 29). En otro sentido, en cambio, parece que Dworkin se refiere a las condiciones de verdad de las proposiciones no en el sentido del significado de estas últimas, sino en el de su justificación. Así, cuando pone su conocido ejemplo de la proposición según la cual el límite de velocidad en el estado de California es de 55 millas por hora, dice que la verdad (o falsedad) de dicha proposición se debe a que el cuerpo legislativo californiano así lo haya votado. Este sería, de acuerdo con Toh, un uso de la noción de «condiciones de verdad» relativo a su valor justificatorio. Según Toh, la primera interpretación es la central para la crítica de Dworkin. TOH, 2005: 106-108; ToH, 2008: 446, n. 1.

de explicar el significado de los enunciados internos y analizar sus condiciones de verdad: según su parecer, se trata de una semántica *criteriológica*.

En este sentido, el positivismo sostendría que la verdad de los enunciados internos dependería de (el acaecimiento de) ciertos hechos sociales. En particular, según la lectura de Dworkin, de ciertos hechos —que podríamos llamar «lingüísticos»— relativos al acuerdo en los criterios de uso de ciertos términos de especial relevancia en el contexto jurídico, entre los que se contaría incluso el propio término *derecho*. Siempre según la reconstrucción del positivismo (al menos en su versión hartiana) hecha por Dworkin, esta teoría ofrecería un análisis de tipo naturalista-descriptivista de los enunciados internos⁶³, de acuerdo con el cual un hablante, al formular un enunciado interno sobre la validez de una determinada norma N, estaría diciendo más o menos algo como «N es consistente con la norma que es en conjunto aceptada como regla de reconocimiento de esta sociedad»⁶⁴. La regla de reconocimiento, por su parte, sería en esta línea una regla de tipo social, gestada por las actitudes y creencias concurrentes de ciertas personas; actitudes que incluyen el hecho de que la propia aceptación se sustente en la creencia de que otros, pares, también aceptan la misma regla.

Como la regla de reconocimiento establece los criterios de validez de las normas jurídicas de la comunidad, todo desacuerdo acerca de la validez de alguna norma en particular debería entonces partir del previo acuerdo sobre el contenido de la regla de reconocimiento, so pena de que toda la discusión sea no más que una pseudodisputa por no referirse las partes a un objeto en común. La consecuencia final de esta forma de comprensión es que no puede haber desacuerdos genuinos acerca del propio contenido de la regla de reconocimiento. Los desacuerdos se agotan en el nivel «posterior» al de dicha regla, y consisten o bien en desacuerdos empíricos (sobre si la norma en cuestión es realmente consistente con la regla de reconocimiento, entendiendo dicha consistencia en el sentido de que se hayan producido los hechos del mundo que harían de esa norma una norma válida de acuerdo a algún criterio de la regla de reconocimiento), o bien en desacuerdos morales que implican que las partes querrían, desearían, considerarían más adecuado, etc., que a la norma en discusión se

⁶³ TOH, 2005: 112.

⁶⁴ TOH, 2005: 108.

la considerara válida o inválida. Esta última disputa sería entonces no sobre cuál es el derecho (*i.e.*, qué normas lo componen, o al menos si la norma en liza es uno de sus componentes), sino sobre cuál *debería* ser el derecho, a la luz de ciertos parámetros evaluativos que las partes pongan sobre la mesa de discusión.

Por su parte, Dworkin ha defendido también que, en cambio, los sistemas jurídicos pueden desarrollarse por la mera concurrencia de convicciones normativas por parte de al menos algunos de los funcionarios relevantes, y que los sistemas jurídicos existen y se mantienen aún cuando de hecho haya desacuerdos fundamentales acerca de sus normas más básicas (donde en particular se refiere a la regla de reconocimiento y los criterios de validez jurídica que la componen)⁶⁵. De aquí la elaboración de toda su *teoría del derecho como interpretación*. El punto central de Dworkin a este respecto es que los participantes de las discusiones jurídicas (en particular cuando se trata de disputas sobre los criterios últimos de validez jurídica de un sistema) no agotan sus posiciones en el relevamiento e indicación de ciertos hechos sociales. Los desacuerdos fundamentales no consisten en la confrontación de enunciados empíricos, sino que involucran, y no podrían sino involucrar, consideraciones normativas (en particular político-morales) de principio a fin⁶⁶.

El primer elemento de la respuesta de Toh a Dworkin es la apreciación de que Dworkin parece olvidarse de que Hart había trazado y enfatizado la distinción entre enunciados jurídicos internos y externos. En efecto, las «proposiciones jurídicas» cuyo análisis en función de sus condiciones de verdad es de tanta preocupación para Dworkin, son lo que en la terminología hartiana hemos venido denominando «enunciados jurídicos internos»⁶⁷. La crítica de Dworkin a Hart puede ser entendida como intentando poner de manifiesto la diferencia que hay entre enunciados internos y externos y resaltando que los internos tienen carácter no descriptivo, sino normativo, bajo el (errado) entendido —como dije un par de párrafos más arriba— de que el análisis hartiano de este tipo de enunciados era de corte naturalista-descriptivista. Otra hipótesis explicativa es que Dworkin confunda el todo con las

⁶⁵ TOH, 2010: 336.

⁶⁶ Véase SHAPIRO, 2011/2014: 357-358. En el capítulo 1 fue desarrollado más extensamente el planteo dworkineano; tanto su crítica al positivismo como su propuesta explicativa de estos desacuerdos en el seno de prácticas jurídicas florecientes.

⁶⁷ En punto a los intereses de Dworkin, está claro que en el género de los enunciados internos, su foco se posa sobre la especie de los enunciados comprometidos.

partes en el análisis de Hart⁶⁸: es cierto que de acuerdo a la presentación que este último hace de los enunciados internos, ellos son híbridos por tener un componente de presuposición factual; pero como se vio eso no es todo lo que Hart dice a su respecto. Al contrario, el gran aporte de Hart frente a la teoría del derecho de su contexto vital es justamente la introducción de esta distinción entre enunciados internos y externos, que permite dar cuenta de la intuición de que la práctica jurídica es una práctica normativa, en el sentido de mediada y gobernada por normas y por ende en la que los participantes buscan y ofrecen razones, y no en cambio en la mera sumatoria de amenazas y usos de la fuerza para el encauzamiento forzado de las acciones de un grupo de individuos aunados bajo ese manto coercitivo⁶⁹.

Es cierto que desde el punto de vista del emotivismo, la versión pre-contemporánea del expresivismo, los desacuerdos normativos parece que han de ser entendidos como *meros* desacuerdos de actitud (favorable o desfavorable) respecto del objeto de discusión. No obstante, nótese que incluso con esto hay ya un punto que escapa a las acusaciones de Dworkin. No es cierto que si los desacuerdos en el derecho son explorados a la luz del emotivismo, haya que tenerlos o bien por desacuerdos empíricos, o bien por pseudodisputas en las que no hay un objeto común de discusión. Ya hace muchos años, Genaro Carrió ensayó una explicación de los desacuerdos entre participantes del derecho en clave emotivista dando cuenta de cómo, si el desacuerdo yace en las actitudes de los hablantes hacia un objeto, entonces la descripción del objeto puede tenerse por compartida. En punto a los desacuerdos jurídicos en concreto, no obstante, lo que sí es el caso es que bajo este enfoque parece que no puede afirmarse que se trate de desacuerdos sobre cómo es en efecto el derecho, sino sobre cómo debería ser⁷⁰. En este sentido, la explicación no le hace justicia al «valor superficial» de estas disputas, *i.e.*, al hecho de que los hablantes parecen estarse

⁶⁸ TOH, 2005: 112-113.

⁶⁹ HART, 1994/2000: 11. De una manera deliberadamente simplista, por razones de espacio, me refiero aquí a las teorías del derecho, basadas en la coerción, de Bentham y Austin. Véase BENTHAM, 1970; AUSTIN, 1832/1995; HART, 1961/1963: caps. 1-4. HART, 1982, TAMAYO Y SALMORÁN, 1984. Un *parcial* rescate contemporáneo de muchos elementos de estas teorías imperativistas (con algunas réplicas a objeciones que les formulara el propio Hart) puede encontrarse en SCHAUER, 2015.

⁷⁰ CARRIÓ, 1965/2006: 91-114. La propuesta de Carrió es una aplicación a los desacuerdos jurídicos de la conocida propuesta de Stevenson para el análisis de los enunciados y desacuerdos morales, que es nuclear al emotivismo metaético. Véase STEVENSON, 1944.

refiriendo al derecho tal como es (bien entendido), y no simplemente a cómo preferirían que sea⁷¹.

La distinción hartiana entre enunciados internos y externos nos da, según Toh, herramientas clave para dar cuenta de los desacuerdos entre los participantes en el derecho de modo más sofisticado. Además de que la crítica de Dworkin parece más bien ignorar la distinción para pasar a aseverar que hay que trazarla, la idea es que

[d]e acuerdo con un análisis expresivista de los enunciados jurídicos internos, dos partes involucradas en una discusión que desacuerden sobre cualquier cuestión factual –incluyendo la cuestión de qué normas son aceptadas y cumplidas por los miembros de su comunidad– pueden tener un desacuerdo jurídico genuino en la medida en que ambos estén formulando enunciados jurídicos con las requeridas intenciones de expresar sus propias opiniones jurídicas y de ejercer influencia, recíprocamente, en las opiniones y acciones jurídicas de la contraparte. Tal análisis puede también dar cuenta de desacuerdos jurídicos que persistan a pesar del completo acuerdo entre las partes acerca de todas las cuestiones de hecho. Incluso cuando estén de acuerdo sobre qué normas son aceptadas y cumplidas por los miembros de su comunidad, ellos pueden expresar sus propias opiniones e intentar cambiar las opiniones y acciones de los demás⁷².

Asimismo, Toh afirma que en esta misma línea se puede dar cuenta de los desacuerdos más fundamentales, esto es, de los desacuerdos acerca de la propia regla de reconocimiento, de los criterios de validez últimos del sistema jurídico de que se trate. Al respecto dice:

En efecto, un hablante que cree que R1 es la regla de reconocimiento de su comunidad, y otro hablante que cree que R2 es la regla de reconocimiento de la misma comunidad, pueden tener un desacuerdo jurídico genuino al formular respectivamente dos enunciados a grandes rasgos como los siguientes: «¡Actuemos de acuerdo a una norma que es parte de un sistema de normas con R1 en la cúspide y otras normas secundarias en los escalafones intermedios!», y «¡Actuemos de acuerdo a una norma

⁷¹ Véase *supra* n. 34 para la cuestión de la pretensión metodológica de rescatar el sentido del «valor superficial» del habla ordinaria. Sobre la mentada deficiencia del emotivismo respecto de este punto, véase SCHROEDER, 2008: 17.

⁷² TOH, 2005: 113. La traducción es mía. El original dice: *According to an expressivist analysis of internal legal statements, two discussants who disagree about any factual matters –including the matter of what norms are accepted and complied with by the members of their community– can have a genuine legal disagreement so long as they are both uttering legal statements with the requisite intentions of expressing their own legal opinions and of influencing each other’s legal opinions and actions. Such an analysis can also account for legal disagreements that persist despite discussants’ complete agreement on all factual issues. Even when they agree about what norms are accepted and complied with by the members of their community, they can express their own opinions and try to change others’ opinions and actions.*

que es parte de un sistema de normas con R2 en la cúspide y otras normas secundarias en los escalafones intermedios!». Claramente, tales hablantes comparten un significado normativo a pesar de su desacuerdo acerca del contenido de la regla de reconocimiento de su comunidad. En la medida en que comparten dicho significado, no están hablando de cosas distintas.⁷³

Dworkin no parece entonces agregar nada cuando enfatiza el carácter normativo no sólo de las cuestiones que se discuten en los desacuerdos que le preocupan, sino en el propio carácter de los desacuerdos mismos, dado el tipo de argumentos (también normativos) que en ellos se ponen en juego. La adecuada comprensión de la distinción de Hart nos hace ver que las discusiones entre participantes dentro del derecho son desarrolladas a través de la oposición de diversos enunciados internos, enunciados que en efecto son de carácter normativo, como quiere Dworkin.

Ahora bien, lo referido hasta aquí de la respuesta de Toh a Dworkin es meramente preliminar. De acuerdo con Toh hay varias piezas del instrumental teórico hartiano que deben ser refinadas para poder dar adecuada cuenta del fenómeno de los desacuerdos fundamentales en el derecho.

2. Toh y las enmiendas a Hart

2.1. Sobre el análisis de los enunciados externos

En primer lugar, Toh sostiene que hay algunas modificaciones por hacer a la propuesta de análisis que Hart ofrece para los enunciados jurídicos externos, dada la posibilidad de que los miembros de una comunidad no acepten conjuntamente una misma regla de reconocimiento. Dos modificaciones en particular se plantean como necesarias a este respecto, y tienen que ver con los tipos de enunciados externos que más arriba⁷⁴ se ofrecieron como ejemplos de la clase de enunciados externos que son de especial interés para la teoría del derecho.

⁷³ TOH, 2005: 114. La traducción es mía. El original dice: *In effect, a speaker who believes that R1 is the rule of recognition of his community, and another speaker who believes that R2 is the rule of recognition of the same community, can have a genuine legal disagreement by uttering roughly the following two statements, respectively: «Let us act according to a norm that is a part of a system of norms with R1 on top and other secondary norms in the middle tiers!», and «Let us act according to a norm that is a part of a system of norms with R2 on top and other secondary norms in the middle tiers!» Clearly, such two speakers share a normative meaning despite their disagreement about the content of their community's rule of recognition. Insofar as they share this meaning, they do not talk at cross-purposes.*

⁷⁴ Sección I.1.

La primera precisión es relativa a los enunciados con los que afirmar que en una comunidad hay un sistema jurídico y está según Toh insinuada ya en la propia obra de Hart, cuando este último se refiere (en el capítulo final de *El concepto de derecho*) al derecho internacional. No habiendo una regla de reconocimiento conjuntamente aceptada por los miembros de una comunidad uno todavía puede, desde el punto de vista externo —y por ende a través de un enunciado externo— predicar la existencia de un sistema jurídico en dicha comunidad, si observa que los miembros de ella regulan su conducta de acuerdo a un conjunto de normas cuya aplicabilidad consideran *susceptible* [*amenable*] de ser autoritativamente determinada mediante el recurso a una norma última de validez jurídica⁷⁵. Según Toh, lo determinante es que pueda apreciarse la disposición de los miembros de la comunidad a descubrir, lograr, y luego mantener, la aceptación conjunta de una norma última de validez. En esta línea, podríamos decir que una comunidad tiene un sistema jurídico en la medida en que sus miembros crean que existe una respuesta correcta a la cuestión de cuál es la «verdadera» regla de reconocimiento que rige en dicha comunidad.

La segunda precisión tiene correlativamente que ver con los enunciados a través de los cuales se predica la pertenencia de una determinada norma al sistema jurídico de una determinada comunidad. En este sentido, para Toh es plausible sostener que incluso en ausencia de un consenso claro entre sus miembros acerca del contenido de su regla de reconocimiento, se puede afirmar que ciertas normas pertenecen a la comunidad si

- a1) media una aceptación conjunta directa de tales normas, o si
- a2) el contenido de esas normas se sigue de otras normas conjuntamente aceptadas, o si
- a3) se aceptan conjuntamente otras normas que se derivan de esas normas en cuestión; y
- b) los miembros de la comunidad tratan a esas normas que sí son conjuntamente aceptadas como teniendo una validez jurídica que se debe a la «verdadera» regla de reconocimiento de la comunidad, cualquiera sea esa regla de reconocimiento puntualmente⁷⁶.

⁷⁵ TOH, 2005: 116; TOH, 2010: 339.

⁷⁶ TOH, 2005: 116-117.

2.2. Sobre el análisis de los enunciados internos

En paralelo, Toh sostiene que también hay enmiendas que formular al análisis hartiano de los enunciados internos. Al respecto, habría modificaciones para hacer respecto de ambas partes de dicho análisis, *i.e.*, tanto para la parte directamente expresiva de los enunciados, como para la parte presuposicional. Las respectivas enmiendas tendrían la utilidad de, en general, refinar el modo en que se presenta el carácter normativo que las prácticas jurídicas parecen tener y, en particular, de facilitar la manera en que desde el marco teórico del positivismo *à la* Hart se puede dar cuenta de los desacuerdos fundamentales que conciernen al desafío de Dworkin. El proyecto de dar cuenta del carácter normativo de las prácticas jurídicas parece estar —como se insinuó un poco más arriba— en el corazón mismo de la obra de Hart, que según es sabido dedicó buena parte de su trabajo a discutir la tradición de la *analytical jurisprudence* que lo precedía en cuanto a que ésta basara su enfoque general sobre el derecho únicamente en las nociones de *coerción* y *sanción*, dando lugar a un oscurecimiento o rechazo de la fuerte intuición de que el derecho es una práctica mediada por reglas⁷⁷, donde la evaluación de las conductas en función de tales reglas —algo que va más allá de la mera respuesta a estímulos (sancionatorios) inmediatos— cumpliría un rol central. La adecuada elucidación de lo que sucede cuando acerca del derecho se tienen desacuerdos «teóricos» —por usar la terminología de Dworkin— es una de las tareas, entre otras, que hacen a ese proyecto más general.

2.2.1. ¿Explicación o justificación?

Ahora bien, en primer lugar vale la pena delimitar dicho proyecto. Al respecto, Toh traza una distinción entre un enfoque explicativo y uno justificatorio⁷⁸. De acuerdo con el enfoque justificatorio, la teoría jurídica debe ocuparse de dar cuenta de la normatividad del derecho. En los términos en que esta cuestión suele plantearse actualmente⁷⁹, se trata de elucidar si y cómo es el derecho una fuente de razones para la acción. En cambio, de acuerdo al enfoque explicativo la tarea que compete a la teoría es la de dar cuenta de si y cómo los participantes en la praxis jurídica toman al

⁷⁷ ToH, 2010: 340; ToH, 2011: 108. Véase *supra* n. 69.

⁷⁸ ToH, 2007: 422 (y n. 62); ToH, 2010: 331-332 (y n. 1).

⁷⁹ Debido ello fundamentalmente a Joseph Raz, ya desde el principio de su obra. Véase RAZ, 1970/1986: 240 ss.

derecho como una fuente de razones para la acción. La diferencia, espero, puede captarse fácilmente luego del bastante exhaustivo repaso que hemos hecho sobre la diferencia entre enunciados (y puntos de vista) internos y externos: mientras que la primera es una labor que requiere la adopción de un punto de vista interno, un examen de primer orden o en primera persona del funcionamiento genérico del derecho y de su rol en el ámbito práctico en general, la segunda tarea exige por el contrario una cierta distancia, un examen en tercera persona⁸⁰. El enfoque justificatorio —inmerso en la praxis— se pregunta por la normatividad del derecho; el explicativo —exterior a la praxis—, por la apreciación que los participantes en la práctica del derecho tengan y puedan tener acerca de la normatividad de éste. La una es una tarea endógena; la otra, exógena. De acuerdo con Toh, Hart estaba interesado en el enfoque explicativo⁸¹, mientras que para la tradición iusnaturalista⁸², Dworkin⁸³ y sus discípulos⁸⁴ (y muchos positivistas jurídicos posteriores a Hart⁸⁵), el interés radica en el enfoque justificatorio.

Desde el punto de vista del enfoque explicativo, el armazón conceptual provisto por Hart, en particular su distinción entre enunciados internos y externos, parece permitir dar cuenta —tal como hemos estado viendo— de cómo el discurso de los participantes es en efecto un discurso normativo, en el que éstos ponen en juego consideraciones de primer orden sobre lo que se puede, no puede y debe hacerse. No

⁸⁰ Las menciones a las perspectivas en primera y tercera persona son meramente metafóricas, a modo de ilustración. No quiero con ello sugerir nada respecto de las presentaciones teóricamente cargadas en este sentido que de hecho hay acerca, incluso, del fenómeno de la normatividad en general y con relación al derecho en particular. En este sentido, Stephen Darwall ha venido realizando una investigación de largo aliento sobre la normatividad que va desde la ética al derecho, sosteniéndose, precisamente, sobre las diferencias entre los puntos de vista personales y enfatizando la relevancia de la *segunda* persona. Véase DARWALL, 2006; DARWALL, 2013.

⁸¹ Véase también LEITER, 2007/2012: 77, n. 115 y NARVÁEZ MORA, 2014: 266-270.

⁸² Cuyo más conocido cultor contemporáneo es probablemente John Finnis. Véase FINNIS, 1980/2011. Sin embargo, en MOORE, 1989: 936 se encuentra un caso de un importante y conocido autor iusnaturalista que parece más bien suscribir (al menos en ese trabajo) el enfoque explicativo.

⁸³ Poco importa en este contexto la cuestión clasificatoria de incluir o no a Dworkin entre los autores iusnaturalistas. Pueden consultarse reflexiones al respecto en, *e.g.*, MACKIE, 1977b; HIMMA, 2003b. Para comentarios del propio Dworkin véase DWORKIN, 1977/1978: 326, 339, 341.

⁸⁴ Véase, *e.g.*, PERRY, 1995.

⁸⁵ De entre los que se destaca, por su gran influencia, Joseph Raz (aunque con la particularidad de que él parece haber pasado de encomiar el enfoque explicativo a luego pregonar el justificatorio). Toh también incluye aquí a otro iusfilósofo positivista de enorme influencia, Hans Kelsen, a través de la lectura de la obra de éste hecha por Raz. TOH, 2007: 423, n. 67. De todos modos, creo poco osado afirmar que en general la corriente positivista contemporánea suscribe sobre todo el enfoque explicativo (máxime teniendo en cuenta la tradición «continental», *i.e.*, no-anglosajona). En igual sentido, SÁNCHEZ BRÍGIDO, 2016: 151.

se trata sólo de la referencia a normas, sino del *uso* de normas. La característica central respecto de la teoría elaborada de este modo es que ésta no se pronuncia sobre la corrección normativa de las posiciones y opiniones de los participantes que se ocupa de relevar y caracterizar. Los participantes pueden creer que el derecho ofrece genuinas razones morales; que ofrece razones *sui generis* (*i.e.*, específicamente jurídicas), sean derrotables o inderrotables; que no ofrece razones de ningún tipo; etc. Y a su vez puedan tal vez estar algunos o todos en lo cierto, o algunos o todos equivocados. A diferencia de una teoría posicionada bajo el enfoque justificatorio, una teoría de bases hartianas no pretende pronunciarse sobre estos aspectos. No obstante, la teoría sí permite explicar el hecho de que para los participantes la práctica jurídica como un todo, y el rol de ellos mismos dentro de ella, pueda tener alguna forma de carácter normativo (o al menos la pretensión de tener un carácter tal)⁸⁶.

2.2.2. Sobre aceptación y presuposición

No obstante, Toh observa que hay elementos de una teoría de estas bases que en este punto deben ser reconsiderados. En particular, propone una recharacterización del estado mental distintivo del punto de vista interno y, consiguientemente, de lo que ha de tenerse por expresado a través de la formulación de enunciados jurídicos internos. Es decir, propone una revisión de la noción de aceptación.

2.2.2.1. Las razones para la aceptación.

En primer lugar, hemos de volver sobre el punto hartiano de que la aceptación puede deberse a una pluralidad de razones y de que no es necesario que haya una

⁸⁶ En RODRÍGUEZ-BLANCO, 2007, se intenta establecer una distinción entre un enfoque explicativo y uno justificativo de la normatividad del derecho, pero caracterizándose el enfoque explicativo de modo diverso al tratado aquí en el cuerpo del texto. En esa otra caracterización, el enfoque explicativo sería el que se da asumiendo un punto de vista interno no comprometido y formulando enunciados correspondientemente no comprometidos, en la línea, ya vista, de Raz. Las conclusiones que allí se extraen parecen infundadas, sin embargo, si se tiene en miras la distinción tal como es planteada por Toh. El argumento de Rodríguez-Blanco pone a Hart en un cierto dilema a la hora de dar con (*i.e.*, explicar) el fundamento de la normatividad jurídica (argumento que es sustancialmente análogo al que – como se verá *infra*, sección V.3– Toh presenta para rechazar lo que llama «convencionalismo» jurídico). Pero las razones con que la autora abona la supuesta caída de Hart en ese dilema no muestran que Hart en efecto pretendía explicar la normatividad del derecho (*i.e.*, justificarlo), sino que presuponen dicho objetivo, y sólo a partir de ello pueden resultar plausibles. Si en cambio el objetivo del autor inglés estuviese en línea con el enfoque consistente en buscar cómo es que para sus participantes el derecho es una práctica normativa, la caída en un dilema tal le sería imposible. En decir: el problema que apunta Rodríguez-Blanco sólo se sostiene si se le imputan a Hart unos propósitos que él no tenía.

«aceptación moral» de las normas jurídicas. Para Toh no hay tal cosa como una aceptación moral (o por razones morales), sino aceptación de normas morales. La aceptación constituye el mismo estado mental tanto cuando es relativa a normas jurídicas como cuando lo es a normas morales; es aplicable a ambas⁸⁷. En este sentido, según él ha de distinguirse una y otra clase de caso de aceptación por los propios caracteres de las normas aceptadas. La actitud o estado mental es el mismo —la aceptación— pero ésta puede recaer sobre normas de distinto tipo.

La razón central que al efecto expone Toh nos devuelve a los paralelismos que traza entre el trabajo de Hart y el de autores líderes del expresivismo metaético contemporáneo. Así, Allan Gibbard, escribiendo sobre la aceptación de normas en general, y ubicando a nuestro razonamiento normativo como parte de lo que nos caracteriza como seres racionales (y a la vez como lo que nos permite profundizar nuestro grado de racionalidad)⁸⁸, sostiene que dicha actitud de aceptación constituye un conjunto de disposiciones a ser gobernados por las normas⁸⁹ que precisamente son objeto de nuestra aceptación, y a declararlo así públicamente en un contexto de discusión normativa no constreñida (coercitivamente)⁹⁰. Lo que se ha reconstruido acerca de la noción de aceptación en Hart casa particularmente con esto⁹¹. O dicho de otra manera: Gibbard hace, respecto de la aceptación de normas morales (o de normas «de racionalidad», en general⁹²) un planteo sustancialmente análogo al que Hart hace sobre la aceptación de normas jurídicas.

Este punto de revisión de la noción de aceptación podría suponer, según creo, una forma de reforzar la negativa típicamente positivista (y por cierto, presente tanto en los trabajos de Hart como de Toh) a fundar una supuesta conexión necesaria entre

⁸⁷ TOH, 2005: 89; LUQUE SÁNCHEZ, 2012a: 33 (n. 30).

⁸⁸ Desde una perspectiva que podríamos calificar como «especulativamente evolucionista». Véase GIBBARD, 1990: *vii-viii* y cap. 1.

⁸⁹ Aún si meramente hipotéticas y nunca *puestas* en modo alguno. GIBBARD, 1990: 46.

⁹⁰ GIBBARD, 1990: 74.

⁹¹ Véase además HART, 1961/1963: 71-72 y 174-175.

⁹² Como nos recuerda Gibbard, para buena parte de la filosofía moral moderna (digamos: al menos desde Kant) no hay mayor diferencia entre lo que es racional hacer y lo que moralmente se debe hacer. Esto corresponde a lo que él denomina «concepción amplia de la moral», y se opone a una «concepción estrecha» (que él favorece para cierto contexto), de acuerdo con la cual tiene sentido una pregunta como «¿Es siempre racional hacer lo moralmente correcto?». GIBBARD, 1990: 40-41; GIBBARD, 1992. MILLER, 2003: 96 obvia esta importante distinción en su en otros puntos certera reconstrucción del trabajo de Gibbard, oscureciendo algunos matices que para este último hay en la relación entre racionalidad y moralidad. Véase también FINNIS, 1992/2011: 215 y 218-219.

derecho y moral de la mano de las razones que serían adecuadas para que un participante acepte un determinado sistema jurídico o una o más normas jurídicas⁹³. Si no hay algo así como una «aceptación moral», no habrá, por consiguiente, una «aceptación moral del derecho». Una posible puerta a la conexión necesaria entre derecho y moral parecería así cerrarse.

No estoy muy seguro, en cualquier caso, de que resulte una estrategia muy promisoriosa. Todavía quedaría la posibilidad de una respuesta iusnaturalista que sostenga que la aceptación de una norma jurídica siempre presupone la previa aceptación de una norma moral, en virtud de la cual luego aceptar la norma jurídica en cuestión. Y aún si pudiese rechazar esto último, la estrategia tiene el (alto) costo de exigirnos una clara demarcación entre normas jurídicas y de otro tipo; en particular, desde luego, normas morales.

2.2.2.2. *El objeto de aceptación.*

Toh sugiere, aunque sin demasiada fundamentación, los lineamientos con que trazar dicha distinción. Para ello se hace eco nuevamente del trabajo de Gibbard⁹⁴, sosteniendo así que las normas morales versan sobre la culpa y el resentimiento. Se trata de normas que tienden a regular la adecuación de sentir tales emociones, respecto de uno mismo y de terceros, y las formas de hacerlas públicas en las interacciones con otros. Por su parte, siguiendo a Hart en lo concerniente a las normas jurídicas⁹⁵, Toh sostiene que éstas se configuran como tales en la medida en que conformen un sistema de ciertas características peculiares, dado por la interacción de normas de distinto tipo: primarias, destinadas a regular conductas humanas, y secundarias, entendidas como normas que se refieren a otras normas, regulando su identificación, creación, modificación, aplicación, etc.⁹⁶

⁹³ Por contrario, una postura típicamente antipositivista consiste en sostener que allí donde hay aceptación de normas jurídicas, ésta tiene carácter moral, o conlleva aprobación moral, y con ello habría al menos un vínculo conceptual, necesario, entre derecho y moral. Véase *supra* n. 23.

⁹⁴ GIBBARD, 1990: 41-42, 47-48 (véase también WILLIAMS, 1980/1993: 155-156). Pero atención a *infra*, sección VI.3.

⁹⁵ HART, 1961/1963: cap. 5.

⁹⁶ TOH, 2005: 89; TOH, 2010: 333-334; TOH, 2011: 130-131; TOH, 2013: 462. Más allá de la cuestión (ya señalada en el cap. I, secc. II.3) de las varias y posiblemente incompatibles caracterizaciones que Hart ofrece sobre las normas secundarias, vale mencionar ahora que para ciertas concepciones acerca de las normas, todas son reducibles, en última instancia, a normas de conducta. Al respecto puede verse la discusión de ALCHOURRÓN & BULYGIN, 1979/2011: caps. 6-10; ALCHOURRÓN & BULYGIN, 1981/1991: cap. 6;

Como digo, se trata de una parte del trabajo de Toh que parece algo requerida de mayor fundamentación, porque mientras lo que define en esta línea a las normas morales es su contenido específico, lo que define a las normas jurídicas es su forma, su «modo de presentación». Aunque quizás sea plausible sostener que parece absurdo pensar en un sistema de normas morales análogo a un sistema jurídico⁹⁷, no es claro que una norma jurídica (primaria) no pueda tener su contenido orientado a la regulación de la culpa o el resentimiento en al menos algunos aspectos. Parecería entonces que deberíamos agregar cuando menos una consideración negativa para la caracterización de normas morales: además de versar sobre las emociones de culpa y resentimiento, no forman parte de sistemas del tipo de los que conforman las normas jurídicas⁹⁸.

Esta disquisición es relevante a fin de comprender la postura de Toh frente al fenómeno de los desacuerdos en el derecho por la razón de que una tarea importantísima a este respecto es la de poder determinar cuándo un desacuerdo es efectivamente jurídico y cuándo no. Dworkin sostiene que los desacuerdos jurídicos fundamentales son a la vez jurídicos y de otros tipos, en particular político-morales, porque según él la determinación de cuál es el derecho que regula un caso requiere de consideraciones de este tipo, en la medida en que el derecho mismo está indisolublemente vinculado con la moral. Una respuesta positivista, en cambio, parece que debe poder distinguir entre desacuerdos estrictamente jurídicos y otros extra-jurídicos, o no-jurídicos (entre los que se contarían los desacuerdos políticos y morales).

Pues bien, como resultará obvio, para Toh los desacuerdos jurídicos son aquellos en que se formulan enunciados internos contrapuestos en los que el objeto de la aceptación expresada son normas *jurídicas* diversas (y no de otro tipo). En particular, los desacuerdos jurídicos fundamentales son aquellos que versan acerca de

CALZETTA & SARDO, 2014: 52-58; y KRISTAN, 2014: 76-81. La posición hartiana supone el rechazo de tal reduccionismo.

⁹⁷ Toh declara esto en TOH, 2010: 339. No ofrece tampoco mayor argumento, pero aquí podríamos contentarnos con afirmar que lo concretamente absurdo es la noción de *norma secundaria moral*. A esto nos ayuda (acaso) la propia caracterización de Gibbard invocada por Toh, si le agregamos que las normas morales versan *directamente* sobre las emociones de culpa y resentimiento, con lo que se excluye que una norma que verse sobre otra norma pueda ser de carácter moral (incluso si esta última fuese relativa a dichas emociones).

⁹⁸ De nuevo, reenvío al lector *infra*, sección VI.3.

la regla de reconocimiento de una comunidad, *i.e.*, acerca de los criterios últimos de validez jurídica. Toh denomina *enunciados de reconocimiento* a los que expresan la aceptación de una cierta norma en tanto que regla de reconocimiento, o de cierto criterio como parte del contenido de dicha regla⁹⁹.

2.2.2.3. *Aceptación simple y aceptación plural.*

Tenemos entonces que los desacuerdos jurídicos son desacuerdos normativos, consistentes en la contraposición de juicios de primer orden —precisamente: normativos— que expresan la aceptación de normas jurídicas diversas. Esto nos da los primeros pasos con que presentar la práctica jurídica como una práctica normativa, pero no es suficiente para ello. De acuerdo con Toh, necesitamos además poder plantear a los participantes como genéricamente intentando, de buena fe, lograr pautas comunes de evaluación y guía de la conducta, queriendo esto decir que se trate de pautas conjuntamente aceptadas, compartidas. Esto supone excluir del centro de la escena los meros intentos de persuadir a la contraparte en un desacuerdo¹⁰⁰, y con más razón los de intimidar, provocar, hostigar y azuzar. Sólo de este modo se podría tener a la práctica jurídica como normativa en el sentido que parecía tener en mente Hart, esto es, ajena al solo ejercicio sistemático de la coerción.

Para Toh la tarea de lograr una adecuada distinción, para el análisis de los discursos de primer orden, entre los intentos de lograr una guía común y los de unilateralmente hacer que el otro vea las cosas y se comporte como uno, es una de las grandes cuentas pendientes del análisis expresivista en metaética. Y el análisis de los enunciados jurídicos internos tal como es ofrecido por Hart adolecería correlativamente del mismo problema¹⁰¹. El test fundamental con el que se evaluaría la plausibilidad de un análisis en este sentido sería relativo a la legitimidad que el análisis conceda a la posición de quien en una discusión normativa se mantiene incólume, inamovible en su postura y completamente desafecto, si no hostil, a la revisión de ésta. En ausencia de un conjunto de normas aceptado en común, el

⁹⁹ TOH, 2008: 479-480.

¹⁰⁰ Podría tal vez argüirse que, de un modo u otro, este es un elemento característico de las anteriores versiones del expresivismo, en particular quizás de la famosa presentación *prescriptivista* hecha por R. M. Hare. Véase HARE, 1952; HARE, 1963; HARE, 1981.

¹⁰¹ TOH, 2011: 112-115.

expresivista parece comprometido a concederle legitimidad a la posición de quien se mantiene de este modo, pero esto a su vez parece ir en contra de la idea de la búsqueda de una plataforma normativa compartida. Y el escenario de ausencia de un conjunto de normas aceptado en común es precisamente el de los desacuerdos jurídicos fundamentales (que versan sobre la regla de reconocimiento) a partir de los cuales Dworkin plantea su desafío al positivismo jurídico.

Aquí viene a cuento la distinción que Toh introduce entre dos versiones de la actitud de aceptación, y la relación específica que estas versiones tienen con la otra actitud involucrada en la formulación de enunciados internos, esto es, la presuposición. Por un lado, la versión que adjudica a Hart es lo que llama la aceptación *simple*. Ésta consiste en lo que hemos venido viendo, en particular en cuanto a la multiplicidad de razones por las que puede darse y en cuanto a que una vez dada supone la toma de la norma aceptada para la evaluación de las conductas y, en el contexto de los desacuerdos normativos, el uso de la fuerza normativa de dicha norma para influir en los otros. Por el otro lado, y esta es la enmienda que Toh introduce en este punto, tenemos a disposición una concepción *plural* de la aceptación. Si se considera que la aceptación de normas jurídicas es de tipo plural, aunque se mantiene el hecho de que esta actitud puede deberse a una multiplicidad de razones, ha de entenderse que hay una consideración que inexorablemente ha de estar presente, a saber, la de que otros vayan a llegar a aceptar el mismo estándar normativo sobre el que uno expresa su aceptación¹⁰². Yo acepto la norma N, y puedo hacerlo por diversas razones, pero entre ellas estará mínimamente el que creo que N puede llegar a ser aceptada por los demás miembros de mi comunidad si es que este todavía no es el caso.

En punto a los desacuerdos jurídicos fundamentales, esta última concepción permite una comprensión según la cual éstos se tratan de intercambios a través de los cuales los participantes están intentando lograr una aceptación conjunta de normas que por definición todavía no se ha obtenido¹⁰³. Semejante intento puede ser visto así como una *invitación* y no como meras exigencias; se pretende de los demás que

¹⁰² TOH, 2010: 348.

¹⁰³ Cuando los desacuerdos no son fundamentales, *i.e.*, no versan acerca de los criterios últimos de validez del sistema, sobre las normas más básicas, hay en cambio una plataforma común de entendimiento, dada justamente por la aceptación compartida de dichos criterios últimos.

lleguen voluntariamente a aceptar las mismas normas que uno acepta. Y así se preservaría el carácter normativo que los participantes parecen genéricamente asignar a la praxis jurídica¹⁰⁴. Asimismo, este enfoque parece muy plausible a la hora de dar cuenta de otra fuerte intuición sobre el funcionamiento general de la práctica jurídica: la de que los compromisos normativos de las personas están ligados en última instancia a compromisos análogos por parte de los demás¹⁰⁵.

Como dije antes, importa relacionar las actitudes proposicionales en juego en la formulación de enunciados jurídicos internos: aceptación y presuposición. Y como también fuera dicho, el test fundamental con el que se evaluaría la plausibilidad de un análisis que procure trazar una distinción entre los genuinos intentos de lograr la aceptación conjunta de normas y los de meramente persuadir o hasta hostigar a la contraparte, sería relativo a la legitimidad que el análisis conceda a la posición de quien en una discusión normativa se mantiene incólume, inamovible en su postura y completamente desafecto, si no hostil, a la revisión de ésta. Pues bien, la aceptación plural que Toh propone estaría correlativamente comprometida con una concepción pragmática de la presuposición acerca de la eficacia de la regla de reconocimiento. Ello implica que el fallo presuposicional (*i.e.*, el hecho de que la regla de reconocimiento considerada en la formulación de un enunciado jurídico interno no sea la realmente eficaz en la comunidad) no basta de por sí para que el enunciado jurídico interno sea defectuoso como tal, de modo que puede contemplarse que se lo mantenga aún en esas circunstancias. Pero a la vez, el que la aceptación sea plural supone que el hablante estará dispuesto a retirar su aceptación de la norma de que se trate (y con ello desdecirse, aún si tácitamente, de su enunciado interno) en la medida en que aprecie que su audiencia, (asumiéndosela) interesada como él en el logro de una

¹⁰⁴ TOH, 2011: 119.

¹⁰⁵ Esto es lo que Toh denomina «tesis del predicamento» [*predication thesis*]: TOH, 2010: 332; TOH, 2011: 126. Y entendida como característica de la aceptación plural, es lo que Toh denomina su «reflexividad». TOH, 2011: 122-123. Se trata de un punto característico del último análisis que Hart ofrece de las normas sociales (el de su *Postscript*) y que Dworkin ha enfatizado en su crítica al positivismo a través de su distinción entre *consensos por convención* y *consensos por convicción*. Véase el cap. 1 del presente trabajo; DWORKIN, 1977/1978: 53; DWORKIN, 1986: 136 y 145; HART, 1994/2000: 33; ORUNESU, 2007: 36-37; RAPETTI, 2014: 222-223 y 228-229. En la literatura de nuestro medio acerca de las convenciones, es lo que suele denominarse la *condición de dependencia* de éstas: véase CELANO, 2000: 26; ARENA, 2012: 283-285.

aceptación conjunta de normas, no terminará aceptando la norma particular cuya aceptación el enunciado original del hablante expresara¹⁰⁶.

La aceptación plural es entonces una aceptación condicionada a la eventual aceptación por otros, coloreada por una nota de deferencia mutua¹⁰⁷. Es importante destacar que en la línea de una reconstrucción de los enunciados jurídicos internos que ubica en ellos esta concepción plural de la aceptación, los objetivos que subyacen a la formulación de esta clase de enunciados en contextos de desacuerdo fundamental son dos: por un lado, como se dijo, el de lograr una aceptación conjunta de las normas más básicas del sistema, pero por el otro —y este según Toh es más importante— el de establecer adecuadamente las cuestiones normativas, el de dar con los contenidos normativos apropiados, al margen de la aceptabilidad de dichos contenidos a ojos de otras personas¹⁰⁸. Parece razonable atribuir a los hablantes en tales contextos la creencia de que lo determinante de la corrección de sus enunciados es esa corrección antecedente¹⁰⁹.

Ambos fines en la formulación de enunciados internos actúan como constreñimientos recíprocos. El uno condiciona al otro. Esto tiene diversas consecuencias. En primer lugar, algo que ya se mencionó: frente a la perspectiva de que los demás en definitiva no vayan a adoptar la misma postura de aceptación plural

¹⁰⁶ Recuérdese que bajo la concepción semántica de la presuposición sobre la eficacia de la regla de reconocimiento, en cuanto el hablante se dé cuenta de que cometió un fallo presuposicional, debe con ello darse cuenta también de que su enunciado es, por esa misma razón, defectuoso, y debería retirar su aceptación/enunciado. En este sentido parece bastante sencillo distinguir entre los genuinos intentos por lograr una aceptación conjunta y los de simplemente provocar al interlocutor. Pero por contra no parece haber manera de dar cuenta de los desacuerdos en que los involucrados no comparten un conjunto de normas fundamentales, al menos sino en tanto 1) desacuerdos normativos no-jurídicos o 2) pseudodesacuerdos en que las partes hablan, en realidad, de cosas distintas. La concepción pragmática aparentemente permitiría, en cambio, dar cuenta de los desacuerdos fundamentales en tanto que genuinos y de carácter jurídico, pero no permite, cuando está asociada a la versión simple de la aceptación, distinguir entre el intento de aceptar en conjunto y el de hostigar al interlocutor. Al introducir su versión plural de la actitud de aceptación, Toh pretende reunir a la vez la posibilidad de no descalificar a un enunciado interno como automáticamente defectuoso frente al evento del fallo presuposicional, y la de hacer un espacio para que en ciertos contextos sea legítimamente exigible de un hablante que retire su enunciado.

¹⁰⁷ TOH, 2011: 119-120 y 123-124.

¹⁰⁸ Nótese que la adecuación normativa puede estar dada de acuerdo a diversas especies de parámetros normativos y no sólo o necesariamente tratarse de adecuación moral. En el cuerpo del texto, unas líneas más abajo, esta cuestión se pone de relieve en la distinción entre el análisis ofrecido por Toh y el que correspondería a una posición iusnaturalista.

¹⁰⁹ TOH, 2011: 121.

que uno respecto de una determinada norma, uno habrá de declinar su propia aceptación y su incentivación a otros para que también la acepten.

En segundo lugar —otra cosa ya dicha—, que para esta declinación no alcanza necesariamente ni la constatación de que la regla de reconocimiento presupuesta no sea la efectivamente en vigor, ni el acaecimiento de una discusión normativa particular en que la contraparte se muestre inflexible.

En tercer término, se vuelve esperable que quien está en completo desacuerdo sustantivo con los demás miembros de una comunidad, incluso cuando toda ella se asiente sobre una amplia y profunda base de acuerdos normativos, podrá ser razonablemente caracterizado como alguien incapaz de formular genuinos enunciados jurídicos internos en dicha comunidad (*i.e.*, no simulados). Lo que sucede es que la finalidad de obtener la posición adecuada desde el punto de vista sustantivo impide que se emita un enunciado genuino si el hablante no estima al menos parcialmente correcto (en algún sentido) el contenido de las normas cuya aceptación intente expresar. El juego del ánimo de lograr una aceptación conjunta puede excluir la aceptación de algunos contenidos que un hablante considera sustantivamente superiores, pero la interacción de ambos fines supone que no puede expresarse aceptación plural de un contenido que no se tiene por normativamente adecuado, en lo más mínimo, desde ningún punto de vista.

En cuarto lugar, y esta es una cuestión en un metanivel, lo condicionado y condicionante de la aceptación entendida en estos términos plurales permite sostener que su uso como recurso teórico, explicativo del discurso de los participantes del derecho, es propio del trabajo enmarcado en la tradición positivista, y sirve para distinguirlo del de la tradición iusnaturalista. Esto se explica según Toh por el hecho de que un iusnaturalista no consentiría esta condicionalidad en su caracterización de los enunciados internos relativos a los contenidos de las normas últimas que gobiernan la operatoria de un sistema jurídico. El iusnaturalista caracterizaría a dichos enunciados como una especie del género de los enunciados morales¹¹⁰, y sería realmente extraño caracterizar a un enunciado moral como condicionado a la formación y mantenimiento

¹¹⁰ Relativo a la así llamada moral «crítica» y no a la moralidad social, se entiende.

de un uso común con otros, incluyente de la disposición de retirar la propia aceptación de no haber perspectiva de que cunda en los demás¹¹¹.

Como podrá notarse, un punto central en la caracterización de la aceptación de tipo plural es que ésta no requiere del efectivo asentimiento e identidad de compromiso normativo por parte de los otros a la expresión del hablante, sino que basta el *prospecto* de que se llegue a generalizar dicha aceptación. Esto supone, según Toh, un importante apartamiento del enfoque que él propone del que de manera amplia parecerían compartir los autores positivistas posteriores a Hart. Es en lo que consiste el rechazo de Toh a lo que llama *convencionalismo* en la teoría del derecho.

3. El rechazo del «convencionalismo»

Para Toh, los autores positivistas que en diversos modos han formulado respuestas al desafío dworkineano basado en los desacuerdos han mayormente seguido una línea convencionalista que según él fracasa. Lo que Toh entiende por *convencionalismo* en este contexto es una idea relativa a la intuición —mentada poco más arriba— de que los compromisos normativo-jurídicos de las personas están ligados a compromisos análogos por parte de quienes las rodean. Hay que desentrañar de qué tipo de ligamen se trata, y el convencionalismo así entendido representa una respuesta a esta cuestión.

De acuerdo con esa respuesta, los compromisos normativo-jurídicos recíprocos entre las personas son materia de convención actual. Esto es: las personas aceptan ciertas normas y expresan dicha aceptación a través de enunciados internos porque es el caso que los demás aceptan esos mismos contenidos y expresan sus aceptaciones del mismo modo¹¹². La diferencia con la propuesta de Toh está dada justamente por dicha actualidad, frente al carácter meramente potencial que su aceptación plural requiere. En la imagen convencionalista tal como Toh la presenta, se trata de que en efecto haya «acuerdos» (en el sentido de aceptación de las mismas normas) y no de

¹¹¹ ToH, 2008: 500-501.

¹¹² La relación relevante es justificativa y no causal: la aceptación por otros justifica (no necesariamente causa o motiva) la aceptación por uno. ToH, 2010: 334. Es importante destacar, sin embargo, que Toh se refiere al convencionalismo en tanto teoría conceptual, esto es, sobre la naturaleza de los compromisos de la gente con las normas. No la toma como una teoría normativa que ofrece una justificación (de primer orden) de dichos compromisos en términos convencionales. ToH, 2010: 336, n. 14.

que pueda eventualmente lográrselos, de que pueda lograrse una aceptación conjunta¹¹³.

En su conocido *Postscript*, Hart, haciendo algunas concesiones a críticas de Dworkin, sostiene que aún si no todas las normas jurídicas pueden ser entendidas como reglas convencionales, la regla de reconocimiento ha de efectivamente tomarse como una de ellas¹¹⁴. Toh rechaza esta afirmación de Hart sosteniendo, por un lado, que prácticamente nada en la obra anterior de éste daba indicios de que concibiese a la regla de reconocimiento de ese modo¹¹⁵ y, por el otro, que semejante concepción cae dentro de la crítica de Dworkin, en la medida en que éste último plantea el escenario en el que los funcionarios encargados de la aplicación del derecho desacuerdan sobre los criterios de validez últimos del sistema jurídico en que operan. La posición convencionalista, según Toh¹¹⁶, relega por definición los desacuerdos fundamentales al penúltimo nivel del sistema (es decir, no los toma por auténticamente *fundamentales*) y parece aferrarse obcecadamente a que en el nivel de la regla de reconocimiento no puede haber desacuerdos o a que éstos son por necesidad extra-jurídicos¹¹⁷.

La razón de esto es que, en línea con la forma en que Dworkin planteara su desafío sobre los desacuerdos, el convencionalismo parece sostener que la teoría del derecho funciona como un metalenguaje, un discurso de segundo nivel, que se ocupa de discernir cuáles son los «fundamentos de derecho»: la teoría del derecho sería una teoría acerca de las bases últimas de los juicios jurídicos de primer orden. Dicho en

¹¹³ TOH, 2011: 126-127. Véase *supra* n. 105. En cierta literatura se distingue entre las nociones de acuerdo [*agreement*] y de compromiso [*undertaking*] sobre esta base. Así, *e.g.*, en BLACK, 2004: 77 (que dice: *If X undertakes to Y that X will do Ax if Y will do Ay, and Y undertakes the converse to X, they do not agree that X will do Ax and Y will do Ay, for both will comply with their undertakings if neither does anything. Nor is an agreement generated by complicating the conditionals, so that, for example, X undertakes that X will do Ax if, if X will do Ax, Y will do Ay, and Y undertakes the converse; for then, depending on the interpretation of "if," either both parties can still comply by doing nothing or –if the ifs are truth functional– each party in effect merely undertakes to perform the action in question; for $(P \supset Q) \supset P \equiv P$. If X merely undertakes to Y that X will do Ax, and Y merely undertakes to X that Y will do Ay, there is just a pair of undertakings, not an agreement*).

¹¹⁴ HART, 1994/2000: 33-37.

¹¹⁵ Al contrario: ya insistimos en cómo para Hart parece que la aceptación de normas puede deberse a una multiplicidad de razones, y nunca antes aclara él que la existencia de convenciones en el sentido en esta sección tratado sea una condición necesaria.

¹¹⁶ Entre los autores que incluye en esta línea se cuentan algunos de los más prominentes exponentes del positivismo jurídico anglosajón contemporáneo como, *e.g.*, Coleman, Marmor y Shapiro.

¹¹⁷ TOH, 2010: 335 y 337-338.

otras palabras, la teoría habría de suministrar¹¹⁸, entre otras cosas, los criterios de corrección con que evaluar los enunciados jurídicos internos, los juicios de primer orden¹¹⁹.

En este sentido, Toh afirma que la teoría positivista poshartiana (aunque también la antipositivista) ha incurrido sistemáticamente en lo que él llama la *falacia del doble deber*. El «doble deber» consiste en suponer que la teoría del derecho tiene a la vez el deber de especificar qué hechos deben darse en una comunidad para que se pueda afirmar que ésta cuenta con un sistema jurídico, y el de especificar cuándo una aseveración jurídica de primer orden es verdadera o correcta¹²⁰. La falacia en sí es delineada por Toh a través de la presentación de la siguiente inferencia¹²¹:

(L1) El que una comunidad posea un sistema jurídico es sólo una cuestión de que se den ciertos hechos sociales en esa comunidad.

De (L1) se derivaría

(L2) El que una norma particular sea una norma jurídica del sistema jurídico de una comunidad es sólo una cuestión de que se den ciertos hechos sociales en esa comunidad.

Y de (L2) se derivaría

(L3) La corrección de cualquier juicio jurídico de primer orden relativo al sistema jurídico de una comunidad depende solamente de que en esa comunidad se den ciertos hechos sociales.

Estas proposiciones pueden pasar tal vez como bastante representativas de lo que sostiene la teoría positivista del derecho. Como podrá apreciarse, (L1) y (L2) son sustancialmente análogos a los enunciados que más arriba utilicé como ejemplo de

¹¹⁸ Por identificarlos, se entiende, mas no por crearlos en modo alguno.

¹¹⁹ TOH, 2013: 458.

¹²⁰ TOH, 2012: 138-139.

¹²¹ TOH, 2012: 134-135; TOH, 2013: 461.

típicos enunciados jurídicos externos. Sin embargo, aunque la derivación de (L1) a (L2) es correcta, (L3) simplemente no se sigue de (L2). Toh señala que (L2) presenta una ambigüedad que hay que develar para explicarlo, y lo hace del siguiente modo¹²²:

(L2a) El que una norma particular *sea considerada* como jurídicamente válida en una comunidad es sólo una cuestión de que se den ciertos hechos sociales en esa comunidad.

(L2b) El que una norma particular *sea* jurídicamente válida en una comunidad es sólo una cuestión de que en esa comunidad se den ciertos hechos sociales.

De acuerdo con Toh, (L3) se sigue plausiblemente de (L2b), pero no así de (L2a), y es en cambio (L2a) lo único que plausiblemente puede inferirse en este contexto de (L1), y no así (L2b). De este modo es como según Toh el grueso de los autores positivistas anglosajones posteriores a Hart pretenden falazmente fundar la corrección de enunciados jurídicos internos en la verdad de meras descripciones de hecho formuladas mediante enunciados jurídicos externos.

El mismo punto, sustancialmente, es presentado por Toh aún de otra forma, bastante más fuerte desde la perspectiva retórica. Según esta otra presentación, *el positivismo jurídico debe abandonar la tesis de las fuentes sociales del derecho*, en una determinada lectura de ésta.

Apelando una vez más a la distinción hartiana entre enunciados jurídicos internos y externos, Toh sostiene que correlativamente hay dos posibles lecturas de la tesis de las fuentes sociales, una interna y otra externa. En esta última lectura, la tesis sostiene que la existencia de un sistema jurídico (y/o de una norma individual, en tanto que perteneciente a un sistema jurídico dado) es solamente una cuestión de hechos sociales. En este sentido, la tesis versa sobre —y puede expresarse con— enunciados como los recién vistos: (L1) y (L2)-(L2a). En su lectura interna, en cambio, la tesis versa correlativamente sobre los enunciados jurídicos internos. De acuerdo a esta lectura, un participante de la práctica jurídica, al abordar desde el punto de vista interno la

¹²² TOH, 2012: 138.

cuestión de si hay derecho en su comunidad, de si una cierta norma es parte de su jurisdicción, etc., deberá *solamente* averiguar si se han dado ciertos hechos sociales, y sólo en función de ello estará dada su respuesta¹²³. La idea de Toh es que aún cuando la tesis es completamente plausible entendida en su lectura externa, todo lo contrario sucede cuando se la lee como tesis interna.

La razón reside en el carácter normativo de los enunciados internos, con todo lo que ello implica y que ya ha sido visto: la presencia de la aceptación en tanto que actitud conativa, la relación de ésta con la pretensión de establecer y dar razones, la conexión práctica que por ende la enunciación supone, etc. Si los enunciados internos son enunciados normativos que pretenden formular razones para la acción (y hasta obligaciones, como es el caso), entonces los fundamentos de dichos enunciados no pueden ser sólo de tipo factual, sino que entre ellos debe haber bases también normativas. Y es que de lo contrario debemos enfrentar la «guillotina de Hume»: la brecha inferencial entre el ser y el deber ser, la idea de que ningún enunciado de deber puede ser derivado solamente a partir de enunciados de lo que de hecho es, de cómo efectivamente es el mundo¹²⁴. En este sentido, para Toh puede afirmarse que Hart no estaba comprometido con la versión interna de la tesis de las fuentes sociales, a diferencia de muchos de sus seguidores. Y esto en virtud de su fructífera distinción entre enunciados jurídicos internos y externos.

¹²³ TOH, 2008: 453.

¹²⁴ TOH, 2008: 463 y 468-470. Nótese que en esta reconstrucción la presencia de un abismo entre el ser y el deber ser se predica respecto de la posibilidad de realizar inferencias. Esto no es, al menos en principio, incompatible con que haya una conexión entre ser y deber ser desde el punto de vista metafísico. Ciertamente, la tradición expresivista en metaética a la que la propuesta teórica de Hart es adscrita por Toh (y por extensión, la propia propuesta suya), se caracteriza precisamente por negar la existencia de *hechos normativos* (en general, y morales en particular) que uno pueda ubicar en lo más profundo del mobiliario del universo y que puedan ser usados para fundar enunciados e inferencias normativas. Sin embargo, *prima facie*, al menos, uno podría afirmar la existencia del abismo para la realización de inferencias, pero negarlo a la hora de fundar metafísicamente el «plano normativo», sosteniendo, por ejemplo, que las normas *supervienen* a los hechos (no-normativos) del mundo. Véase TOH, 2013: 464; SMITH, 1994/2015: cap. 1; GIBBARD, 2003: xi y cap. 5; BRINK, 1989: cap. 6. La discusión sobre el abismo de Hume es enorme y por supuesto hay muchos autores que han sostenido y sostienen que tal «abismo» se trata de no más que una mera apariencia traducida en un error generalizado de nuestras prácticas inferenciales. Suele ubicarse la formulación clásica del problema en HUME, 1739/1984: 689-690. Contemporáneamente, dos discusiones particularmente conocidas de su tesis son PRIOR, 1960 y SEARLE, 1964. Entre los filósofos del derecho contemporáneos, las discusiones más importantes son probablemente las de POSTEMA, 1982 y COLEMAN, 1998 y COLEMAN, 2001: caps. 7 y 12. Para una compilación actual de críticas y defensas de la tesis véase PIGDEN, 2010 (allí se incluye también el clásico artículo de Prior recién referido). El núcleo de TOH, 2008 consiste justamente en la defensa de la tesis de Hume, para a partir de ella rechazar la lectura interna de la tesis positivista de las fuentes sociales. Creo que no hace falta en este contexto abundar en sus argumentos.

Librado de la versión interna de la tesis de las fuentes sociales, el positivismo jurídico debería ser así entendido no como afirmando que la identificación (interna) del derecho sea sólo una cuestión de hechos sociales ajena a toda cuestión normativa, sino todo lo contrario. Sucede que aún cuando por supuesto que las consideraciones normativas tienen un lugar irremplazable desde la perspectiva del participante (no podría ser de otra manera), éstas no necesariamente tendrán carácter moral —como quiere la tradición iusnaturalista—, por la sencilla razón de que también pueden ponerse en juego consideraciones normativas no morales¹²⁵.

En esta misma línea, Toh rechaza una afirmación más del propio Hart, porque según él es inconsistente con el grueso del resto de la obra del autor inglés. El pasaje, relativo a la regla de reconocimiento, es el que sigue:

en este aspecto, como en otros, la regla de reconocimiento es distinta de las otras reglas del sistema. La afirmación de que ella existe sólo puede ser un enunciado de hecho externo. Porque mientras que una regla subordinada de un sistema puede ser válida y, en ese sentido, «existir» aún cuando sea generalmente desobedecida, la regla de reconocimiento sólo existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho.¹²⁶

De acuerdo con Toh la idea de que sólo puede afirmarse la existencia de la regla de reconocimiento externamente, a través de un enunciado factual, es inconsistente con el resto de su posición respecto de la distinción entre enunciados jurídicos internos y externos. Según Toh, aunque es cierto que en un enunciado interno estándar se presupone la regla de reconocimiento y su eficacia para expresar la aceptación de normas subordinadas, no parece haber razones para pensar que no pueda expresarse también la aceptación de esa regla normalmente presupuesta. Por otro lado, afirma que Hart parece haber pensado que todo enunciado jurídico interno, al expresar la aceptación de una norma, constituye un enunciado de validez jurídica (*i.e.*, en el que se predica expresa o tácitamente la validez de una norma); no siendo la regla de reconocimiento una norma válida, por ser la que confiere validez a las demás sistematizándolas justamente a través de sus criterios de validación, no podrían formularse enunciados internos a su respecto. No obstante, para Toh esto debe ser

¹²⁵ TOH, 2008: 495-496.

¹²⁶ HART, 1961/1963: 137.

rechazado, sobre la base de que no hay ninguna razón para pensar que no pueda expresarse la aceptación de una norma no sistematizada, incluso si es no sistematizable por definición, al ser la que provee a la sistematización de las demás normas¹²⁷.

VI

OBSERVACIONES CRÍTICAS

Según creo, la propuesta positiva de Toh para dar cuenta de los desacuerdos fundamentales¹²⁸ adolece de algunos problemas. La conjunción de dichos problemas genera que en un sentido no pueda escapar a las críticas de Dworkin. Sin embargo, como ya he señalado antes e intentaré desarrollar un poco más en la conclusión de este trabajo, su análisis del desafío dworkineano mismo es en cambio muy valioso, y permite concluir tanto que Dworkin yerra el blanco, como que hay un potencial de enfoques propositivos acerca del fenómeno de los desacuerdos fundamentales que son igualmente compatibles con la tradición positivista en la teoría del derecho y cuya discusión, en punto a cuál de ellos resulta tener mayor poder explicativo¹²⁹, puede por consiguiente darse al interior de dicha tradición¹³⁰.

¹²⁷ TOH, 2005: 90-91; TOH, 2008: 484-485. De hecho, debe recordarse que en la reconstrucción que Toh hace del análisis hartiano de los enunciados jurídicos internos, la presuposición del contenido de la regla de reconocimiento tiene en efecto carácter normativo-expresivo y no factual. Esto significa que dicho contenido presupuesto se tiene por aceptado.

¹²⁸ De aquí en más, y en función de lo ya visto, usaré de manera intercambiable las expresiones «desacuerdos fundamentales», «desacuerdos de reconocimiento», «desacuerdos sobre la regla de reconocimiento» y «desacuerdos sobre los criterios últimos de validez jurídica (de un determinado sistema)».

¹²⁹ Y más consiliente, teóricamente económica, y en general más apropiada de acuerdo a los diversos criterios que puedan proponerse para la evaluación y elección de teorías.

¹³⁰ El expresivismo es objeto tanto de un buen grado de aceptación como de una amplia discusión en el ámbito de la metaética contemporánea (y no sólo: también se ha intentado aplicar el expresivismo –con el consiguiente e ineludible debate– a disciplinas como la metalógica, la metafísica y la filosofía de la mente; véase, *e.g.*, SCHROEDER, 2008). Tal vez la dificultad más clásica que afronta es el así llamado «problema Frege-Geach»: en principio parece que toda propuesta metaética que consiga mostrar a los términos éticos como teniendo un significado constante en sus aplicaciones en diversos tipos de oraciones tendrá, por eso mismo, un punto a favor, siendo menos valioso el tener que admitir que en diversas oraciones-tipo el significado de dichos términos varía. Peter Geach, a partir de un argumento de Frege, ha sostenido que hay tipos de oraciones en donde una propuesta como la expresivista no puede dar cuenta de una constancia en la significación de los términos éticos involucrados; paradigmáticamente, en oraciones complejas que suponen la «incrustación» de un contenido proposicional dentro de otro, como sucede en los condicionales del estilo «*si* mentir está mal, *entonces* incitar a tu hermano a mentir está mal». Véase GEACH, 1960. Para un repaso del devenir de la discusión

1. Sobre los desacuerdos de reconocimiento como desacuerdos jurídicos

1.1. El argumento

En primer lugar, está la cuestión del carácter específicamente *jurídico* de los desacuerdos de reconocimiento. Como ya se viera, dicho tipo de desacuerdo es caracterizado en el trabajo de Toh como la oposición entre diversos enunciados jurídicos internos de reconocimiento, siendo tales enunciados los que expresan la aceptación de (diferentes) contenidos determinados para la regla de reconocimiento. Esos enunciados, y los desacuerdos que se den por la contraposición entre ellos, serían jurídicos por versar precisamente acerca de normas jurídicas. Como también se ha visto, las normas jurídicas son a su turno definidas como tales por conformar un cierto tipo de sistema de peculiares características: por la asociación entre normas diversas dada por la presencia de normas secundarias, *i.e.*, metanormas (normas que se refieren a otras normas). Las normas secundarias actúan así como lazos entre normas varias, formando la red o cadena que un sistema en este sentido representa. La regla de reconocimiento tiene según este esquema el destacado papel de ser la norma sistematizadora última, la que provee los criterios más básicos con que enlazar los diversos nodos de esta red (validez). Toh muestra plausiblemente —en contra de lo que acaso pareciera sugerir Hart— que sobre la regla de reconocimiento también pueden formularse enunciados internos.

Ahora bien, lo que no es tan claro es que Toh consiga mostrar que los enunciados de reconocimiento sean genuinos enunciados jurídicos¹³¹. Sucede que la

acerca de este problema (entre otros para el expresivismo), véase SCHROEDER, 2010 y MORESO, 2007/2009. No entraré aquí en consideraciones críticas ubicadas en estos más amplios espectros de aplicación de tesis expresivistas, sino que limitaré mi discusión al enfoque concreto de Toh para la teoría del derecho (y por cierto, el carácter «expresivista» de su propuesta, en general, no será objeto de críticas; mis comentarios serán bastante más puntuales). Huelga decir que es al menos posible que eventuales falencias del expresivismo en otros ámbitos encuentren una traslación a falencias del expresivismo considerado para la teoría del derecho en particular. Pienso no obstante que el trabajo en esas otras áreas es lo suficientemente amplio y, en cambio, que la propuesta expresivista para la teoría del derecho no ha recibido demasiada atención, por lo que aludo a ella fundamentalmente en sus particularidades, y no en lo que comparte con aquellas de ámbitos diversos.

¹³¹ De entrada puede señalarse que el esquema de Toh para reconstruir la forma de los enunciados jurídicos internos utiliza un bicondicional que en efecto elimina por definición a los enunciados de reconocimiento del campo de los enunciados jurídicos internos, puesto que los enunciados de reconocimiento suponen el paso del contenido de la regla de reconocimiento de ser algo presupuesto a ser lo directamente expresado. Por otra parte, es por demás plausible asumir que al menos en algunas ocasiones, una parte (o ambas) en un desacuerdo de reconocimiento formulará sus enunciados sin presuponer la eficacia factual de la configuración que sostiene que la regla de reconocimiento tiene. Es decir, es plausible asumir que las partes pueden tener un desacuerdo de reconocimiento en un contexto

regla de reconocimiento, al ser la regla que provee de manera última a la sistematización, tiene un carácter diverso del de las demás normas sistematizadas por ella. En un cierto sentido, hasta podría decirse que por dicha razón es una norma que se encuentra fuera del sistema¹³². No obstante, en la teoría de sistemas es habitual considerar a los axiomas fundamentales como partes integrantes del sistema que a partir de ellos se forma. Cuando de sistemas normativos se trata, en particular, la idea que suele esgrimirse es que los axiomas o postulados, *i.e.*, las normas fundamentales del sistema, son parte de él en tanto que normas *independientes*. Las normas independientes de un sistema no tienen su pertenencia a éste condicionada por la pertenencia de otras normas a ese mismo sistema (en tanto que las *dependientes* son justamente aquellas que pertenecen al sistema en función de alguna otra norma). No obstante, es racional pretender que la pertenencia de una norma independiente a un sistema se debe a la operatividad de ciertos criterios (precisamente, de pertenencia). El punto es que dichos criterios serán necesariamente de carácter extra-sistemático¹³³.

La crítica de Toh a Hart acerca de la posibilidad de realizar enunciados internos respecto de la regla de reconocimiento presenta una ambigüedad. Él sostiene que no hay razón para negar la posibilidad de que se exprese la aceptación de normas no sistematizadas. Sin embargo, no es claro que por «sistematizadas» deba entenderse sólo [s1] «pertenecientes al sistema» o, en cambio, [s2] «pertenecientes al sistema (sólo) en virtud de criterios sistemáticos». Esta misma ambigüedad se traslada a la caracterización de las normas jurídicas (como tales) que se desprende de su posición. Son normas jurídicas las que forman un sistema *à la* Hart, pero ¿en el sentido de ser normas sistematizadas s1 o en el de ser sistematizadas s2? Si lo son en el sentido s2, habrá que concluir forzosamente que la regla de reconocimiento no es, en esta línea, una norma jurídica, y por ende que los enunciados y eventuales desacuerdos a su respecto tampoco lo son.

de incertidumbre acerca de la eficacia parcial de la regla, y ser conscientes de ello. Dejo esta objeción al pie por considerar que el error de Toh en este punto es menor.

¹³² HART, 1961/1963: 138-139. Véase también RUIZ MANERO, 1990: 119-120 (esp. incisos *b* y *d*); RODRÍGUEZ, 2016: 110, n. 72.

¹³³ CARACCILO, 1988: 31. Véase también RODRÍGUEZ, 2016: 114; y MORESO & NAVARRO, 1993: cap. 5. Como es obvio, la pertenencia de las normas dependientes es en cambio de carácter (*intra*)sistemático, dada justamente por la relación entre esas normas y otras normas también parte del sistema.

Lo propio es entender que Toh se refiere al sentido s1¹³⁴. De este modo puede seguirse sosteniendo que los desacuerdos fundamentales son específicamente jurídicos y con ello se rescata la intuición de que —acaso algo banalmente— una discusión sobre la regla de reconocimiento es una discusión sobre el sistema jurídico: y por ende es una discusión jurídica. Pero aún bajo esta interpretación, parte de la crítica original de Dworkin sigue en pie. Dworkin sostiene que en la discusión sobre cuál es el derecho a aplicar en un caso, los abogados y jueces recurren a argumentos de carácter político-moral para fundar sus posiciones, asumiendo que esos argumentos son necesarios, insoslayables, para la adecuada identificación de lo que el derecho mismo requiere. Y esto se evidenciaría especialmente en los casos de desacuerdo sobre los criterios últimos de validez jurídica. Entendiendo que en la propuesta de Toh (como en la de Hart) la regla de reconocimiento es una norma independiente, y dado el hecho de que los criterios de pertenencia para esta clase de normas son, por necesidad, extra-sistemáticos, seguirá siendo el caso que al menos para esta clase de desacuerdos se requiere de la puesta en juego de argumentos normativos de tipo, consiguientemente, extra-jurídico.

Esto sin embargo no nos obliga a conceder todo el punto a Dworkin, en la medida en que puede argüirse que no es cierto que los argumentos en juego deban por fuerza ser de carácter político-moral (lo cual supondría haber concedido que hay una conexión conceptual entre derecho y moralidad). Pero sí parece que hemos de reconocer que en los casos de desacuerdo fundamental esos desacuerdos exhibirán entonces, siempre, la contraposición de argumentos normativos extra-jurídicos. La re-caracterización que hemos visto que Toh hace del positivismo jurídico, como sosteniendo que, para los participantes de la práctica jurídica, no es necesario que la identificación del derecho dependa de consideraciones específicamente morales (aunque sí de consideraciones genéricamente normativas¹³⁵) es ni más ni menos que una manera de hacer lugar a esta idea. Pero esta re-caracterización exige, según creo

¹³⁴ La principal razón para ello está, me parece, en su presentación de los desacuerdos fundamentales como aquellos en los que las partes no están refiriéndose a cosas distintas en la medida en que compartan el «significado normativo» de la regla de reconocimiento (y a pesar de, por supuesto, asignarle a ésta contenidos distintos). Véase *supra*, sección V.1 *in fine* (TOH, 2005: 114). A continuación volveré críticamente sobre esto.

¹³⁵ Admitiéndose el espacio para razones normativas de tipos distintos a las morales (y a las jurídicas), cosa que creo podemos permitirnos aquí en virtud de la enorme cantidad de controversia que hay sobre el tema. Véase *supra*, n. 28.

estar mostrando, la especificación ulterior de que en los casos de desacuerdos fundamentales los argumentos requeridos son en algún sentido externos al derecho mismo.

1.2. Idealización y atribución: ¿son necesarios los argumentos morales?

A partir de lo anterior puede surgir la inquietud de cómo no conceder a Dworkin todo el punto. Después de todo, si se trata de desacuerdos fundamentales, se trata entonces de cuestiones muy básicas sobre el funcionamiento del derecho y, por ende, de la regulación de la vida conjunta en una sociedad. ¿Cómo la teoría no va a reconocer que es este un espacio donde distintivamente ubicar la discusión político-moral?¹³⁶

La respuesta tiene que ver, según creo, con cuestiones metodológicas: ¿en base a qué y hasta dónde estamos legitimados desde el plano teórico en atribuir a los participantes del derecho ciertas creencias y actitudes? Cuando Hart introduce su noción de aceptación, lo hace a sabiendas de que no se trata, estrictamente hablando, de una condición necesaria: la aceptación no define el rol de participante de una persona en una práctica jurídica ni a su discurso, en el sentido de que sea una propiedad *siempre presente*. En cambio, se trata de un estado mental que es razonable atribuir a un hablante estándar, no personalizado, y que permite con ello constituir un *modelo genérico de comprensión* de ciertos aspectos del derecho y de la vida bajo su manto que uno intuitivamente puede entrever¹³⁷. Ese «uno» con sus intuiciones, se espera que pueda razonablemente ser cualquier miembro promedio de la comunidad¹³⁸. Por supuesto, es posible que esas intuiciones (que de partida son ni más ni menos que las del propio teórico) puedan al final no ser compartidas por nadie o casi nadie. Un análisis que procure darles sentido y explicación será, entonces, poco

¹³⁶ Agradezco a Ángeles Ródenas el haberme instado a enfrentar esta cuestión.

¹³⁷ Viene a la mente una de las notas de las «papeletas» de WITTGENSTEIN: «*De pronto tuve que pensar en él*». *Súbitamente su imagen acudió a mi mente. ¿Sabía yo que era suya la imagen de N? No, me lo dije a mí mismo. ¿En qué estribaba, pues, el hecho de que fuera la suya? Quizás en lo que más tarde dije o hice*. WITTGENSTEIN, 1967/2007: §14 (véase también §8). El resaltado es mío.

¹³⁸ Luego, con ese modelo de comprensión de base, es posible pasar en cambio a introducir definiciones más precisas y a aludir a condiciones necesarias y suficientes, en la medida en que ello represente un potencial avance en la comprensión de los objetos de estudio. Por mi parte haré esto mismo en el capítulo siguiente, comenzando, justamente, por una puntualización de dos sentidos de la noción de *participante*.

valioso. De ahí que la generación de modelos conceptual-explicativos como el que configura el trabajo de Hart deban ser reconsiderados en el tiempo a la luz de investigaciones empíricas serias¹³⁹. Mientras tanto, es difícil trazar una línea sobre hasta qué punto es legítimo atribuir actitudes y creencias a modelos de agentes, a partir de nuestras intuiciones o apreciaciones pre-analíticas. Pero parece plausible sostener la regla de que, cuanto menos, mejor¹⁴⁰.

En este sentido, una de las críticas que el propio Toh considera expresamente sobre su propuesta es la de pecar de una excesiva idealización. Su respuesta sólo consiste en afirmar que su presentación del discurso de los participantes y la aceptación plural es compatible con altas cuotas de puro y simple ejercicio de la coerción en una comunidad jurídica concreta, así como con el ejercicio de la coerción incluso dentro del accionar en el marco de una aceptación conjunta de una plataforma normativa consecuentemente común¹⁴¹. Pues bien, creo que se puede insistir sobre esa crítica, poniendo nuevamente sobre la mesa la diferencia de su aceptación plural con la aceptación simple de Hart. En efecto, una de las razones por las que Hart no ponía constreñimientos sobre las razones para la aceptación normativa parecía ser, justamente, la falta de evidencias específicas sobre las motivaciones relevantes. Cualquiera sea el listón con el que medir hasta dónde es razonable atribuir actitudes y creencias al «participante promedio» de la práctica jurídica, parece que atribuirle razones específicas era —a criterio de Hart— ir demasiado lejos, ir a ciegas de pruebas concretas. La propuesta de Toh nos requiere ese ir más lejos y en este sentido es más onerosa. Tal vez no valga la pena pagar ese precio en particular.

¹³⁹ Con cada vez mayor frecuencia se reclama una mayor imbricación entre las investigaciones conceptuales y las empíricamente orientadas. Este reclamo puede ser de un mayor o menor grado, por supuesto. Una defensa moderada puede encontrarse en SCHAUER, 2015. Una defensa muy conocida de una versión especialmente fuerte de este reclamo para la teoría jurídica es la de LEITER, 2007/2012. En el capítulo anterior me he adentrado en las implicancias de esta exigencia metodológica para la concreta cuestión de los desacuerdos jurídicos, y volveré sobre ello en el siguiente.

¹⁴⁰ Se comprenderá que no es este el espacio en el que entrar en reflexiones mucho más elaboradas sobre el análisis conceptual en general y el rol que en él juegan las intuiciones, en particular, ni sobre el detalle de la metodología apropiada para la teoría del derecho. Al respecto he dicho alguna cosa en RAPETTI, 2015a y RAPETTI, 2015b. Para un trabajo reciente y simple sobre la relación del análisis conceptual con el recurso a intuiciones, en el contexto concreto de la teorización sobre el derecho, véase HIMMA, 2015.

¹⁴¹ TOH, 2011: 127-128. Dado el condicionamiento recíproco ya mentado entre la búsqueda de una guía conjunta de los comportamientos y la pretensión de establecer adecuadamente las cuestiones normativas.

Pero por lo pronto, no parece contraintuitivo pensar que las razones por las que dos personas enzarzadas en un desacuerdo fundamental, en donde por ende se tratan cuestiones básicas sobre la organización comunitaria, pueden ser múltiples. Aunque es posible que ciertos agentes pongan entonces sobre la mesa argumentos político-morales para darle cierto contenido a la regla de reconocimiento, no resultaría sorprendente en absoluto encontrarse por otro lado con agentes interesados más bien en dar con una regla de reconocimiento cuyo contenido tienda, como sea posible, a validar normas que a su turno favorezcan sus intereses propios. Entre otras posibilidades.

Para finalizar con este punto, nótese que lo dicho en el último párrafo necesita ser suscripto por el propio Toh (a pesar de lo más onerosa que resulta su noción de aceptación plural), so pena de tener que conceder completa la objeción a Dworkin de que en última instancia los desacuerdos fundamentales se dirimen *necesariamente* por argumentos político-morales.

1.3. Un pequeño paso hacia una noción de «razón jurídica»

De la discusión precedente me parece que puede elaborarse mínimamente un aporte que toda respuesta positivista al desafío de Dworkin debe contemplar¹⁴². Como ya he dicho en varias ocasiones, parece que uno de los requisitos de respuesta es el de contar con una adecuada distinción entre las razones o argumentos jurídicos que se presenten en un desacuerdo, y las que sean de carácter diverso.

Toh mismo nunca desarrolla mayormente este punto: su propuesta consiste en enfatizar la diferencia entre aquellas cosas cuya aceptación se expresa a través de los enunciados internos. Y así resultarán enunciados «jurídicos» aquellos que expresen, en particular, la aceptación de normas jurídicas. Pero como se acaba de ver, si una norma es jurídica por estar apropiadamente validada como tal, entonces la regla de reconocimiento no puede ser objeto de enunciados internos «jurídicos» en al menos un sentido, este sentido de estar «*validada* como jurídica».

De aquí creo que podemos extraer, *a contrario*, una primera y aproximativa idea —aplicable a nuestro objeto de estudio— sobre qué es lo que en general se

¹⁴² Lo a continuación presentado se debe a una muy provechosa discusión con Cristina Redondo, a quien agradezco mucho por ello.

quiere decir cuando se afirma que uno tiene una «razón jurídica» para actuar de cierta manera. En un sentido banal, se trata de que el derecho de alguna manera parece exigir actuar de esa manera. Un mínimo paso adicional consiste en apuntar que decir de alguien que tiene una razón jurídica para actuar del modo X es afirmar normativamente que una cierta norma de una comunidad, validada como jurídica por la regla de reconocimiento (eficaz) de dicha comunidad, prescribe hacer X. Lo distintivamente jurídico, se comprenderá, es justamente lo que en el esquema de análisis de los enunciados internos de Hart conformaba el segundo nivel, el de las presuposiciones (normativa y factual). El primer nivel tiene como contenido una pauta de conducta, que, por sí sola, podría ser de las más diversas fuentes, *i.e.*, perteneciente a diversos órdenes normativos. El segundo nivel, en cambio, provee la nota de «juridicidad». Esto explica asimismo por qué los desacuerdos sobre la regla de reconocimiento no pueden ser llevados adelante sólo con razones intrajurídicas y que se requiera aducir razones exteriores al derecho: en los enunciados de reconocimiento ese segundo nivel tiene otra composición (cuando no es sencillamente inexistente).

En resumen, los enunciados internos son jurídicos en la medida en que expresan la aceptación de normas jurídicas (asumiendo que éstas se distinguen como tales por conformar un cierto tipo específico de sistema¹⁴³). En la medida en que con dicho tipo de enunciados se sostenga que una norma es válida, que cuenta con el respaldo de esa red normativa más amplia, se sostiene que hay una «razón jurídica» para actuar conforme a lo que ella señala. No parece en absoluto necesario, sin embargo, que ese respaldo sea lo único por lo cual una persona considere que debe *finalmente* actuar de conformidad con eso jurídicamente establecido: puede tener y aducir en discusión varias otras consideraciones normativas. Tampoco es necesario, por supuesto, que el solo hecho de haber una razón jurídica para actuar del modo X implique *per se* que debe actuarse del modo X, todas las cosas consideradas. Lo relevante aquí es remarcar que cuando se trata de desacuerdos fundamentales, acerca del contenido mismo de la regla de reconocimiento, no hay razones jurídicas en este sentido que puedan ser invocadas a favor de una u otra posición en la disputa. De allí que haya de echarse mano exclusivamente de argumentos extrajurídicos. No obstante,

¹⁴³ Atención a *infra*, punto 3 de esta sección.

no tenemos buenas razones para afirmar que tales argumentos serán necesariamente de carácter moral, ni de otro tipo en particular. Parece más plausible señalar sencillamente esa potencial variedad. La negativa típicamente positivista a una vinculación *necesaria* entre derecho y moral por esta vía, permanece entonces incólume.

2. Sobre la relevancia de los acuerdos extensionales

El punto anterior nos permite formular una nueva observación a la propuesta de Toh. Cuando señalé recién los dos sentidos de sistematización —s1 y s2— con que podría asociarse la diferenciación entre las normas jurídicas y otros tipos de normas (precisamente, por las características del sistema que las primeras formarían), la razón por la que opté por interpretar a Toh en el sentido de s1 tiene que ver con su afirmación de que dos partes de un desacuerdo sobre la regla de reconocimiento no están hablando de cosas distintas [*at crossed-purposes*] en la medida en que compartan el «significado normativo» de dicha regla¹⁴⁴. Ahora bien, no es muy claro qué debe entenderse por este «significado normativo». Según entiendo, una interpretación plausible de esta idea consiste en que las partes pueden compartir —y aún sólo parcialmente— el sentido (intensión) del concepto de REGLA DE RECONOCIMIENTO¹⁴⁵. El desacuerdo entonces se puede entender como genuino porque es referido a una misma cosa, y versaría acerca de la referencia (extensión) de dicho concepto.

No obstante, en uno de sus trabajos Toh enfrenta una serie de críticas actuales y potenciales a su propuesta, entre las que se cuenta la siguiente: muchas veces la gente, incluidos los jueces, actúa buscando acuerdos normativos con los demás sólo respecto de conclusiones jurídicas particulares (qué respuesta dar para un cierto caso), sin buscar ni lograr acuerdos más profundos sobre las razones por las que dar con dichas conclusiones. Esto implica una distinción entre consensos superficiales y otros más profundos. Para Toh ello no obsta a su posición —en particular a su concepción

¹⁴⁴ Véase *supra*, n. 134. Como ya se ha apuntado, Dworkin subraya la posibilidad de que una explicación de los desacuerdos fundamentales los señale como meros pseudodesacuerdos, en el sentido de que las partes hablan sobre cosas distintas (y considera a dicha posibilidad como teóricamente infértil). La idea es de larga data. Para una ya clásica presentación de la misma véase BOBBIO, 1950/1990: 185-187.

¹⁴⁵ Véase *infra*, n. 148.

neohartiana de los enunciados jurídicos internos— sino que hasta la favorece: una aceptación conjunta, plural, de una norma, puede ser tanto profunda como superficial; una aceptación conjunta de normas no deja de ser tal por ser superficial en este sentido¹⁴⁶.

Según me parece, esto es irrelevante en el marco de una explicación de los desacuerdos de reconocimiento. Los casos de acuerdos extensionales pueden en un sentido ser vistos como casos en que, por definición, no hay tal cosa como un desacuerdo de semejante tipo¹⁴⁷. Sin embargo, en la medida en que se genere una controversia explícita entre dos operadores jurídicos sobre, *e.g.*, cuál es el criterio con el que dar por jurídicamente válida una cierta norma, una propuesta como la de Toh parece tener que recurrir a la idea de un mínimo (parcial) acuerdo intensional de fondo para evitar la conclusión de que el conflicto es aparente en el sentido de que ambas

¹⁴⁶ En la formulación de este punto crítico y su respuesta, Toh tiene en cuenta la idea de Cass Sunstein sobre los «acuerdos no completamente teorizados», núcleo temático de SUNSTEIN, 1996 (véase esp. cap. 2).

¹⁴⁷ Esto puede ser puesto en tela de juicio. Supongamos que en un cierto caso dos jueces de un mismo tribunal colegiado resuelven del modo R por aplicación de una misma norma, digamos, N. Pero imaginemos que en tanto uno considera a N validada por –y sólo por– el criterio *b* (*e.g.*, por ser una norma producto de una costumbre con *opinio iuris*), el otro la considera validada por –y sólo por– el criterio *h* (*e.g.*, por tener cierto contenido moral «correcto y compulsivo»). Aquí hay un desacuerdo latente (este supuesto hipotético está obviamente inspirado en la discusión de DWORKIN, 1977/1978: 54-55). Según creo, la teoría del derecho no tiene por qué estar interesada en esta clase de desacuerdos. La única forma de dar con estados internos de terceras personas es a través de la observación de sus comportamientos externos, de modo que no podríamos hacernos cargo de esta clase de desacuerdos hasta que se exterioricen. La idea de que es necesario explicar teóricamente el *fenómeno* de los desacuerdos en el derecho transmite justamente esta restricción. Se podría a su vez objetar este punto señalando la práctica judicial de la concurrencia en el decisorio pero dada en *disidencia de fundamentos*. Aquí habría a la vez un acuerdo extensional, por un lado, pero un desacuerdo de reconocimiento *explícito*, por el otro. Creo que también hay buenas razones metateóricas (de tipo pragmático) para desentenderse de este fenómeno, al menos por el momento: las disidencias de fundamentos, aunque reciben expresión pública en el sentido de estar verbalizadas, no tienen, *per se*, manifestación práctico-normativa directa, esto es, no suponen una diferencia en la resolución del caso. Es cierto que representan una potencial fuente de indeterminación, pero el abordaje de este problema requeriría seguramente el trazado de una distinción entre varios tipos de disidencias de fundamentos, y no todos ellos necesariamente representarían la exteriorización de desacuerdos de reconocimiento; así, por ejemplo, no es necesario que toda disidencia de fundamentos suponga el rechazo de las razones de los demás decisores: algunos pueden ser simplemente añadidos de razones a las de los demás, a las que se pretende sumarlas. Finalmente, nótese que en este contexto mi crítica a Toh se complementa con un punto adicional (referido a una tensión conceptual interna a su teoría) que se sostendría incluso si el argumento presente (referido a la irrelevancia de los acuerdos extensionales en la explicación filosófica del fenómeno de los desacuerdos fundamentales) encontrara oposición seria con la invocación del hecho de las disidencias de fundamentos. Véase la sección II.1.2.2 de la parte segunda del capítulo anterior.

partes simplemente hablan de cosas distintas¹⁴⁸. Por lo demás, si la aceptación *plural* se define como tal por requerir una cierta motivación específica, parece difícil de entender que (ahora) no sea necesario que se dé una mínima convergencia respecto de las razones mismas por las que arribar a una particular conclusión jurídica para un caso. Finalmente, recuérdese (1) la conclusión de la observación anterior, de acuerdo con la cual parece que en los casos de desacuerdos fundamentales las partes han de recurrir a la argumentación normativa extra-jurídica y (2) que la intención misma que subyace a la propuesta de la concepción plural de la aceptación es la de dar sentido a la intuición de que el derecho es una práctica con pretensión de normatividad, en el sentido de consistente en dar y pedir razones, y no un mero ejercicio organizado y a gran escala de la coerción. Dados estos dos elementos, la conformidad de Toh con los meros acuerdos extensionales parece ya no sólo indiferente a la explicación de los desacuerdos fundamentales, sino la fuente de una auténtica tensión interna a su teoría.

3. Sobre las normas jurídicas y lo distintivo de su sistematización

En tercer término, creo que hay una problemática bifronte en la distinción entre normas jurídicas y morales en que Toh basa buena parte de su concepción de los enunciados jurídicos internos. Como ya fuera dicho en más de una oportunidad, lo distintivo de las normas morales sería, de acuerdo al esquema en análisis, el versar acerca de los sentimientos de culpa y resentimiento; mientras que las normas jurídicas se distinguirían como tales por formar un cierto tipo de sistema dado por el entramado de normas primarias de conducta y metanormas.

Una de las caras de la problemática que tengo *in mente* es que es dudoso que sólo los sistemas jurídicos, de manera excluyente, se caractericen en ese sentido mínimo —como conjunción entre normas primarias de conducta y metanormas—

¹⁴⁸ Esto en sí mismo, en cambio, me parece poco problemático. Bastaría que las dos partes en disputa estén de acuerdo en que la regla de reconocimiento es algo así como «el conjunto de criterios de validez no puestos por norma superior alguna que permiten, conjunta o disyuntivamente, tener por parte del sistema jurídico de la comunidad a ciertas normas puntuales». Vale destacar algunas cuestiones más sobre esto que parece que las partes deberían compartir: (1) lo requerido sería un núcleo mínimo de la intensión del concepto y en este sentido (2) se trata de una noción pre-teórica, «folk» o «popular»; asimismo (3), es obviamente innecesario que se maneje el rótulo «regla de reconocimiento» (que es un *term of art*, propio del vocabulario especializado de la teoría/filosofía analítica del derecho).

referido por Toh¹⁴⁹. Esto es, hay otros sistemas normativos no-jurídicos que cuentan con esta forma de estructuración. Por ejemplo, probablemente pueda afirmarse esto de los sistemas de reglas de los deportes practicados de manera profesional en general¹⁵⁰. En verdad, Hart ofrece en su trabajo elementos adicionales con los que distinguir a los sistemas jurídicos de otros sistemas normativos¹⁵¹, pero el caso es que Toh no se hace eco expresamente de ellos, y parece necesitar algo más que la caracterización mínima que aquí se comenta.

La segunda cara de este problema es que Toh apela a la caracterización que Gibbard hace de las normas morales, pero resulta que parte de dicha caracterización original en efecto admite que las normas morales se presentan de manera sistematizada en un sentido tal vez comparable al indicado por Toh como distintivo de las normas jurídicas. Gibbard apela a la idea de unas normas orden superior [*higher-order norms*], a las que considera de tipo epistémico, pero precisamente como sistematizadoras de las normas morales que aceptamos/podemos llegar a aceptar¹⁵². De modo que las normas morales no son sólo definidas en virtud de su contenido. Este punto requeriría al menos de un desarrollo específico por parte de Toh que no nos es provisto; incluso si lo conveniente en este contexto fuera rechazar (aún si parcialmente) el análisis de Gibbard¹⁵³.

4. Sobre enunciados de reconocimiento, «valor superficial» y verdad

Otro problema para mencionar en la propuesta de Toh tiene que ver con su intención de sostener en la mayor medida posible el «valor superficial» del habla de

¹⁴⁹ Agradezco este punto a Maribel Narváez Mora.

¹⁵⁰ Abundando en el ejemplo, no resultaría tan extraño, por caso, que se considerara que cierta regla del fútbol profesional se verá modificada si de manera sostenida en el tiempo una mayoría del conjunto de árbitros la aplica estableciéndole una excepción no expresamente prevista en los reglamentos de la FIFA (y, si se quieren agregar más condiciones: si no son sancionados por hacerlo ni se revén los resultados de los partidos en que intervienen, etc.).

¹⁵¹ Por ejemplo, la intensidad de la presión social en favor del cumplimiento de las normas jurídicas y las instituciones *particulares* que el derecho forma y que encauzan dicha presión. Sobre el primer punto se insiste mucho en PINTORE, 2014; sobre el segundo –de hecho yendo más lejos al respecto que el propio Hart– en RAZ, 1970/1986. Para un análisis crítico del tratamiento raziano véase CARACCILO, 1994: cap. 3. Véase también RUIZ MANERO, 1990: 124-134. Por lo demás, con posterioridad a *El concepto de derecho*, el propio Hart remarcó que *there is a good deal of unfinished business for analytical jurisprudence still to tackle, and this unfinished business includes a still much needed clarification of the meaning of the common assertion that laws belong to or constitute a system of laws* (HART, 1968/1983: 310 –énfasis en el original).

¹⁵² GIBBARD, 1990 (esp. cap. 10) y GIBBARD, 1992. Véase también NAVARRO, 2015: 4.

¹⁵³ Véase *supra*, n. 97 y el texto al que se adjunta.

los participantes de la práctica jurídica en relación con su explicación positiva del fenómeno de los desacuerdos de reconocimiento. Como se dijera precedentemente, el expresivismo contemporáneo tendría entre sus virtudes la de poder rescatar el sentido tras la atribución de valores de verdad a los enunciados normativos que parece un dato de nuestras maneras de hablar. Es decir, formulamos enunciados normativos como si tuvieran valores de verdad, y el expresivismo podría dar cuenta de este hecho sin condenarlo al sinsentido y/o error global. Ahora bien, incluso si se asume que esto es en general cierto, *i.e.*, que el expresivismo nos permite (de manera filosóficamente satisfactoria) hacerle espacio conceptual a la verdad/falsedad de los enunciados normativos, parece poco claro que esta cualidad rija también para la comprensión que propone Toh de los enunciados de reconocimiento, esto es, como *invitaciones* u *ofrecimientos* de aceptar tal o cual contenido para la regla de reconocimiento de una comunidad. Si la adecuada manera de entender un desacuerdo fundamental entre dos jueces consiste en que el uno dice «Usemos a R1 como la regla de reconocimiento de nuestra comunidad» mientras que el otro dice «Usemos a R2 como la regla de reconocimiento de nuestra comunidad», entonces mal puede decirse que estos enunciados son verdaderos o falsos. Asimismo, si esta comprensión propuesta por Toh es la adecuada para los enunciados de reconocimiento en conflicto recíproco, entonces representa en sí misma un apartamiento (aún si sólo restringido a este contexto específico de enunciados de reconocimiento en conflicto) del «valor superficial» del discurso de los participantes relevantes.

5. Sobre el rechazo del convencionalismo

5.1. «Convencionalismo», aceptación plural y relevamiento de hechos

El rechazo que Toh hace del convencionalismo me parece fundamentalmente infructuoso. Una manera distinta de formular mi crítica es diciendo que al respecto hay más bien una diferencia no sustancial sino meramente retórica entre la concepción aquí en análisis y el «convencionalismo» que con dicha concepción se dice rechazar. El punto es el siguiente.

Tal como viéramos, la razón por la que Toh defiende una concepción *plural* de la aceptación frente a la hartiana concepción *simple* es que parece que con la suya se expanden las posibilidades que desde la teoría del derecho tenemos para dar cuenta

de la práctica jurídica como una práctica con auténticas aspiraciones de normatividad, esto es, como una consistente en el dar y pedir razones para comportarse de unas maneras u otras (al menos tendencialmente)¹⁵⁴. El rechazo del convencionalismo representa, en esta línea, el rechazo de que la corrección de los enunciados internos esté en función de la efectiva y precedente aceptación por otros de aquellos contenidos normativos cuya aceptación expresa uno mismo al formular un enunciado jurídico interno. Estos enunciados pueden ser vistos, de la mano de la noción de aceptación plural, y cuando menos en los contextos de desacuerdos fundamentales, como invitaciones a, u ofrecimientos de, dar con una aceptación conjunta de normas. Esta presentación eludiría los problemas que Dworkin señala para aquellos casos en que, por hipótesis, no hay acuerdos preestablecidos (aceptaciones conjuntas ya logradas) que corroborar. Como también se viera, Toh señala que bajo esta concepción los enunciados internos han de verse como condicionados al prospecto de llegar a un estadio de aceptación conjunta. En efecto, para él esa perspectiva es una condición de la corrección de tales enunciados, de manera tal que la apreciación por un hablante de que su «invitación normativa» no cundirá en su comunidad es razón para que retire o retrotraiga su enunciado e incluso para abstenerse de formularlo públicamente¹⁵⁵.

Pues bien, el problema que encuentro es que, si un enunciado jurídico interno tiene su corrección condicionada a la posibilidad de que la aceptación normativa que expresa se haga eco en los demás, la adecuada formulación de uno requiere la evaluación de que en efecto sea posible lograr ese eco. ¿Y en qué consistirá dicha evaluación? Según entiendo, consistirá en comprobar —mediante la apreciación de la conducta de otros miembros de la comunidad— si tienen lo que podríamos denominar «disposiciones de segundo orden». Recuérdese que la actitud de aceptación de una norma se muestra en la disposición a utilizar dicha norma como parámetro de evaluación de conductas. De modo que estas «disposiciones de segundo orden» a comprobar consistirían en *la disposición a eventualmente estar dispuestos a aceptar la misma norma cuya aceptación uno expresa*. Saber si alguien es propenso o estará

¹⁵⁴ Haciéndole a su vez justicia a la ya mentada «tesis del predicamento». Véase *supra* n. 105.

¹⁵⁵ En un caso extremo —como también se ha visto— se puede llegar incluso a que un determinado hablante sea simplemente incapaz de formular un genuino enunciado jurídico interno sobre una determinada materia (si sus opiniones sustantivas son demasiado ajenas a las del resto de su comunidad).

dispuesto a aceptar la misma norma que uno será entonces saber si hay algo en el comportamiento de esa persona a partir de lo que se pueda razonablemente afirmar que está dispuesta a, en un futuro, aceptar la norma en cuestión, *i.e.*, a tener la disposición de usar esa norma como parámetro de evaluación de conductas. Lo relevante es que en definitiva la concepción plural de la aceptación también nos exige —como el convencionalismo en lugar del cual se la propone— la comprobación de que se dan o han dado ciertos hechos del mundo (cierto comportamiento de otros) para juzgar la (in)corrección de los enunciados jurídicos internos. Y más aún, el tipo de hechos en cuestión es el mismo que el convencionalismo parece reclamar, a saber, los que nos habilitan a predicar la presencia de ciertas disposiciones¹⁵⁶.

No estoy muy seguro de cuán plausible es el trazado de una distinción entre disposiciones de primer y segundo orden. Mi punto es que al menos epistémicamente las condiciones que quedan para dar cuenta de la posición de un participante en el derecho que profiere un enunciado interno de reconocimiento son las mismas tanto si se asume la noción simple de aceptación como si se asume la plural. Si además la distinción entre niveles de disposiciones fuese algo así como una ilusión o trampa conceptual, la identidad de condiciones ya no sería sólo de carácter epistémico sino también conceptual y el escenario para la propuesta de Toh resultaría aún más fangoso. Pero creo que basta la (si se quiere, más débil) versión epistémica del problema para afirmar que la alternativa de Toh al convencionalismo no es una genuina alternativa, sino que, para bien o para mal, comparte su mismo destino.

5.2. Otro convencionalismo

Finalmente, debe notarse que la literatura acerca del convencionalismo en el derecho y en la teoría del derecho es muy grande y hay versiones del convencionalismo que no quedan bien caracterizadas en la presentación que Toh realiza. Aunque ya he mostrado (espero) que su propuesta adolece de aquello por lo que decide rechazar el convencionalismo, además podría ser que haya versiones del convencionalismo que no sean presa del mismo tipo de problema.

¹⁵⁶ Aunque no estoy seguro de entender completamente su argumento, tengo la impresión de que Blackburn propone algo parcialmente similar, a modo de sospecha, respecto de un punto en el trabajo de Gibbard. Véase BLACKBURN, 1992: 350-351.

Juan Carlos Bayón distingue entre un convencionalismo *superficial* y uno *profundo*¹⁵⁷. Ambos son formas de entender cómo es que existe una determinada regla social dentro de una comunidad, de modo que puede decirse que se trata de dos versiones (una más fuerte y otra más débil, respectivamente) de una tesis ontológica. Esto es de por sí, probablemente, una primera diferencia respecto de la manera en que Toh caracteriza al convencionalismo, porque —recordemos— en su caso éste constituía una particular forma de dar cuenta de cómo se articulan entre sí los compromisos normativos de diferentes personas¹⁵⁸. Es tal vez posible, pero cuando menos no tan claro, que esa forma de caracterización tenga cariz ontológico. La presentación de Bayón es en cambio explícita sobre este punto¹⁵⁹. Ello al margen, lo relevante es el contenido que Bayón da a ambas versiones de la tesis. Así, en sus palabras, de acuerdo con el convencionalismo superficial (versión fuerte):

sólo tiene sentido decir que existe verdaderamente una regla compartida, una regla social (ya se trate de una regla semántica o de una regla de comportamiento en sentido estricto), cuando hay acuerdo explícito por parte de la comunidad de referencia acerca del conjunto de sus aplicaciones correctas. Por lo tanto, más allá del punto hasta el que se extiende ese acuerdo explícito simplemente no hay —por definición— regla compartida.¹⁶⁰

Por su parte, para el convencionalismo profundo (versión débil de la tesis):

la existencia de criterios públicos se muestra o exhibe en el acuerdo en torno a ciertos casos paradigmáticos que se reconocen como aplicaciones correctas de la regla, sin que ello quiera decir que la extensión de dichos criterios se contraiga a esas aplicaciones. El reconocimiento de los casos paradigmáticos implica dominar una técnica de uso: pero esto, a su vez, no requiere más que conocimiento tácito de los criterios de corrección, que por tanto no tienen que resultarles a cada individuo que los usa perfectamente transparentes [...] [E]l convencionalismo profundo no acepta que la respuesta a la pregunta acerca de qué requiere una regla convencional en un caso dado haya de venir dada, sin más, por una constatación de lo que el conjunto de la comunidad sostenga al respecto: ni el acuerdo mayoritario garantiza que sea ésa la respuesta correcta, ni la eventual falta de acuerdo implica necesariamente que no haya una respuesta correcta. Porque no es el acuerdo explícito en torno a las

¹⁵⁷ Espero que con lo que sigue se llegará a notar la fuerte similitud con la distinción entre «consensos» (admitida por el propio Toh) que se mencionó *supra* sección VI.2.

¹⁵⁸ *Supra*, inicio de la sección V.3.

¹⁵⁹ BAYÓN, 2002: 58.

¹⁶⁰ BAYÓN, 2002: 78-79.

aplicaciones concretas lo que las define como correctas, sino el trasfondo de criterios compartidos¹⁶¹

Finalmente, Bayón delinea una estrategia epistemológica con la que en su opinión se podría acceder a ese conjunto de criterios compartidos. Se trataría de

un razonamiento de naturaleza holista que, partiendo de lo que a primera vista parecen ser casos paradigmáticos, intente establecer qué es lo relevante en ellos; formule hipótesis acerca de los criterios de aplicación que parece poner de manifiesto la consideración de esos factores como relevantes; y vuelva después a considerar otros casos –reales o hipotéticos– que nos parezcan igualmente claros a fin de poner a prueba la admisibilidad de dichas hipótesis acerca de los contornos de nuestros criterios. [...] En suma, este ir y venir –que recuerda obviamente a la idea rawlsiana de un equilibrio reflexivo– no es sino una deliberación en busca de coherencia entre lo que nosotros estamos dispuestos a considerar casos incuestionablemente claros – incluso tras esta clase de filtro– y las mejores hipótesis que podamos elaborar para articular y explicitar los criterios compartidos a la luz de los cuales precisamente los consideramos claros.¹⁶²

Bayón defiende el convencionalismo profundo. Como podrá apreciarse, dicha versión de la tesis parece tener poco que ver con el objeto del rechazo de Toh, porque no hay aquí una necesidad insuperable de recurrir (a la manera de mero relevamiento empírico) a acuerdos manifiestos, explícitos en la comunidad, acerca de la existencia, contenido y aplicación de normas¹⁶³.

Muy por el contrario, relacionando ambos trabajos puede decirse que la idea de un convencionalismo profundo es una forma de dotar de sentido a la afirmación de Toh acerca de que dos partes involucradas en un desacuerdo fundamental, un desacuerdo sobre cómo caracterizar adecuadamente la regla de reconocimiento de su comunidad (si como R1 o como R2), es un desacuerdo genuino, en el que la partes se refieren a una misma cosa porque comparten un «significado normativo». Uno podría decir, recurriendo al instrumental de Bayón, que en un desacuerdo de ese tipo las partes están intentando sacar a la luz, dar con, el trasfondo de criterios compartidos

¹⁶¹ BAYÓN, 2002: 79 (nota omitida).

¹⁶² BAYÓN, 2002: 80-81.

¹⁶³ No es esta la ocasión para examinar en detalle la propuesta de Bayón. En RAPETTI, 2014, le he presentado ya alguna cuestión. Por el momento, me limito a mostrar cómo la propuesta de Toh finalmente no hace sino abrazar una forma de convencionalismo como este *profundo*, aunque ciertamente represente un rechazo a la versión *superficial* del mismo.

(donde por «criterio» aquí debe entenderse «razones» o algo similar¹⁶⁴), en vista de su puntual desacuerdo acerca de un concreto criterio último de validez jurídica. Como se dijo más arriba¹⁶⁵, un desacuerdo fundamental presupone, por definición, la falta de acuerdo extensional sobre la existencia o pertinencia de un cierto criterio último de validez jurídica. Pues bien, la idea de un convencionalismo profundo parece poder dar cuenta de (1) el mínimo de acuerdo intensional que se muestra como necesario para dar cuenta del desacuerdo en tanto que genuino y no aparente, y (2) de la manifestación y desarrollo del desacuerdo puntual a pesar de la posible existencia de dicho acuerdo subyacente: justamente, porque es *subyacente* y no del todo transparente a las partes involucradas. Estos dos réditos explicativos nos permiten, además, mantenernos dentro del margen de lo que es razonablemente atribuible a un participante-modelo de la práctica jurídica¹⁶⁶, cuando los aunamos con la exigencia metodológica de, en la medida de lo posible, preservar el discurso (también en su «valor superficial») de los participantes de una práctica en análisis y el sentido que ellos mismos le asignan a ella.

En el capítulo siguiente profundizaré ulteriormente sobre estas y otras cuestiones metodológicas, a la vez que procederé a recolectar lo que creo son «frutos» del análisis que he hecho, en este capítulo y el precedente, de las propuestas sustantivas para dar cuenta del fenómeno de los desacuerdos jurídicos, para así presentar de manera homogénea dos grandes resultados: por un lado, un esquema que espero resulte más comprensivo y acurado para dar una explicación detallada del fenómeno del desacuerdo jurídico (fundamental), y por otro lado una reexaminación de base del desafío dworkineano; reexaminación que, según creo, lo desvirtúa *ab origine*.

¹⁶⁴ Para evitar que la redundancia del término «criterio» dé lugar a confusión.

¹⁶⁵ Sección VI.2.

¹⁶⁶ Véase *supra*, punto 1.2 de esta misma sección.

CAPÍTULO IV

Teoría del derecho y desacuerdos jurídicos fundamentales

Supóngase que hay que describir cómo aprenden los seres humanos a contar (en el sistema decimal, por ejemplo). Se describe lo que hace y dice el maestro y la forma en que reacciona el discípulo. En aquello que hace y dice el maestro, se encontrarán, por ejemplo, palabras y gestos que se supone animan al discípulo a continuar una serie; también expresiones como «ahora sabe contar». Aparte de las palabras del maestro, ¿debe contener mi propio juicio: la descripción que doy del proceso del maestro y del aprendizaje: ahora el discípulo es capaz de contar; o bien: el discípulo ha entendido ahora el sistema de los numerales? Si no incluyo tal juicio en la descripción —¿está entonces incompleta? Y si lo incluyo, ¿voy más allá de la pura descripción? ¿No puedo abstenerme de ese juicio, ofreciendo como razón ésta: «*Esto es todo lo que ocurre*»?

(L. Wittgenstein, *Zettel*[†])

I

PARTICIPANTES

Llegando ya al final de este trabajo, me gustaría comenzar a retomar piezas de las discusiones de los capítulos anteriores. El punto más importante del capítulo precedente fue la vuelta a la distinción hartiana entre los puntos de vista y enunciados jurídicos externos e internos, y el énfasis en cómo estos últimos tienen carácter normativo, por medio de la presencia de la aceptación como determinante de la faz interna: la aceptación es una actitud práctica, conativa.

De entrada es necesario explicitar un importante elemento al que hasta ahora sólo he hecho referencias indirectas o no-teorizadas. Se trata de la reconstrucción de la noción de «participante» de la práctica jurídica¹. En un sentido si se quiere banal, cada persona es participante de una o más prácticas jurídicas simplemente en cuanto

[†] WITTGENSTEIN, 1967/2007: §310.

¹ Véase la sección VI.1.2 del capítulo anterior.

que vive y actúa en el marco de regulación de uno o más ordenamientos jurídicos, de que es destinataria de normas jurídicas. Aunque las regulaciones jurídicas contemporáneas no abarcan toda conducta humana posible, es claro que todos realizamos cotidianamente acciones que son materia de regulación por el derecho. En este sentido somos «participantes» de éste de un modo permanente. Lo denominaré *participantes-1*.

Propongo en lugar de ello entender el estatus de participante, en un sentido más técnico o específico —que entiendo va en línea con la manera en que Hart introduce la idea—, como *circunstancial*. Con este adjetivo quiero decir que uno es participante en este sentido sólo en determinadas circunstancias: cuando y mientras asume el punto de vista interno respecto de una o más normas jurídicas, lo cual se manifiesta en el lenguaje normativo de los enunciados jurídicos internos, el lenguaje jurídico de primer orden. Así, cuando yo digo «debo ir a pagar la matrícula del programa de doctorado» estoy formulando un enunciado jurídico interno y por ende actuando como participante en este segundo sentido. Y ello no obsta a que mi siguiente enunciado sea, por ejemplo, «existe una norma que establece el deber de pagar anualmente esa matrícula», y por ende a que con él pase inmediatamente a un punto de vista externo, con un metalenguaje, con lo que ya no estaré actuando como participante en esta versión más estricta². Denominaré a este sentido más específico el de *participante-2*. Teniendo esta explicitación en cuenta, sigamos adelante, aclarando que salvo que indique expresamente lo contrario, me referiré siempre al estatus de *participante-2*.

II

CUATRO VICIOS DE ORIGEN EN EL DESAFÍO DWORKINEANO

Los desacuerdos entre participantes del derecho acerca de la identificación de éste son tenidos, desde la óptica del positivismo jurídico hartiano, por desacuerdos de carácter normativo. De aquí surge una primera consecuencia de gran importancia para

² Reitero que las formas gramaticales no definen el carácter interno o externo de un enunciado. El que he usado como ejemplo podría en efecto ser interpretado también como enunciado interno, pero lo relevante es este «también»: aquí es usado como ejemplo de enunciado externo y no parece haber problema alguno en tomarlo de ese modo. Véase cap. III, n. 3.

el debate iusfilosófico sobre la explicación teórica de los desacuerdos en el derecho: el desafío presentado por Dworkin sobre este tema tiene un grave problema de origen, por cuanto atribuye a Hart, erróneamente, un análisis descriptivista de los enunciados jurídicos internos y consiguientemente postula para éste, también de manera errada, una imposibilidad de principio de dar con un tratamiento teórico satisfactorio del fenómeno de los desacuerdos.

En efecto, Dworkin atribuye al positivismo una tesis que le es ajena, a saber, la tesis de que al formular un enunciado jurídico interno un hablante está *afirmando* algo así como que una cierta norma es consistente con los criterios de validez establecidos por una regla de reconocimiento conjuntamente aceptada en su comunidad. Esto incluso parece haber sido receptado por muchos autores post-hartianos que se autodenominan positivistas, y se evidencia, según creo, en la ambigüedad múltiple de una frase con la que habitualmente se caracteriza, tanto por propios como por ajenos, al positivismo jurídico: «la existencia y el contenido del derecho es solamente una cuestión de hechos sociales». Se trata, digo, de una ambigüedad múltiple: se refiere a *existencia* y a *contenido*; puede aludir tanto a lo que constituye el derecho (cuestión metafísica), como al —por así decirlo— pensamiento sobre el derecho (cuestión conceptual), como al significado del término «derecho» (cuestión semántica), como a la identificación del derecho (cuestión epistemológica).

Asimismo puede señalarse lo siguiente: ese conocido eslogan también puede significar cosas distintas según esté en relación con el punto de vista (interno) de un participante del derecho o con el (externo) de un observador. Desde la perspectiva de un participante de la praxis jurídica, al menos la tarea de identificación del *contenido* del derecho es una cuestión normativa, y no sólo de (constatación de) hechos. Y esto es precisamente lo que remarca Hart a través de su análisis de los enunciados jurídicos internos. Dworkin en cambio atribuye al positivismo una suerte de análisis de corte naturalista-descriptivista de los enunciados jurídicos internos. A partir de este punto, parece bastante sencillo resaltar el carácter normativo que los participantes de la práctica jurídica aparentemente asignan a su discurso jurídico y posteriormente subrayar el carácter normativo de los argumentos usados en el contexto de los desacuerdos jurídicos. Sin embargo, en contra de lo que Dworkin parece pensar, esto no está precluido para un positivista lo suficientemente atento a la distinción entre

puntos de vista y enunciados internos y externos. De hecho, este es probablemente el mayor legado del trabajo de Hart y para un positivista que lo recepte no hay nada de inconsistente en afirmar que en el contexto de los desacuerdos jurídicos hay varias consideraciones normativas que se ponen sobre la mesa, y no sólo meros relevamientos y descripciones de hechos sociales. Las consideraciones normativas están presentes, en efecto, a lo largo de toda discusión jurídica interna. Como las tortugas del viejo cuento: siempre, hasta el final. No podría ser de otro modo cuando de la perspectiva del participante se trata³.

Este grave problema de origen me sirve para justificar la elección de las alternativas que en este trabajo he analizado —entre tantas disponibles— y contribuir a mostrar el sentido narrativo que el trabajo en general tiene, según confío. La propuesta expresivista de Toh cuenta con el valor fundamental de aportar lo recién destacado, esto es, la importancia de la distinción de Hart entre tipos de enunciados jurídicos y el consecuente error básico en el desafío de Dworkin. Esta falta en Dworkin podría ser calificada como «teóricamente externa», en la medida en que es relativa al análisis que, como punto de partida, efectúa del trabajo de Hart.

Las contribuciones de Ratti y Leiter, por su parte, ponen de manifiesto otras tres faltas de carácter *también básico*, fundamental, en el desafío. Ratti muestra cómo la noción dworkineana de «fundamento de derecho» adolece de una ambigüedad de origen que trae el problema conceptualmente posterior de implicar o sugerir un tratamiento análogo para tipos de desacuerdo acaso provechosamente distinguibles. Podría denominarse a esto la falta «teóricamente interna» del planteo crítico dworkineano.

Leiter muestra en cambio que el relieve que Dworkin pone en el desacuerdo como fenómeno distintivo del funcionamiento de la práctica jurídica es poco más que una mera suposición, en la medida en que no está empíricamente fundado de modo serio. Digamos que en esto consiste la falta «empíricamente externa» del desafío de Dworkin. Ratti también contribuye a mostrar dicha falta al remarcar la necesidad y conveniencia de apreciar (empíricamente) el fenómeno del desacuerdo fundamental

³ El relato de la conferencia sobre astronomía en la que desde el público se afirma que el mundo es plano y está sostenido por tortugas (que están a su vez sostenidas por tortugas, y así *hasta el final*) es con lo que famosamente comienza Stephen Hawking una de sus obras de divulgación más conocidas. Véase HAWKING, 1988/1996.

desde dos perspectivas diferentes, una sincrónica y una diacrónica, que potencialmente pueden arrojar resultados distintos⁴.

Finalmente, Leiter muestra además que, tanto el planteo de la objeción dworkineana al positivismo jurídico como la propia explicación positiva del desacuerdo fundamental que él ofrece en el marco de su *teoría del derecho como interpretación*, parecen estar basadas en lo que Leiter denomina *suposición de consistencia*, y que busca asimismo refutar señalando hechos concretos de la adjudicación (estadounidense) que irían en sentido contrario. Y en este aspecto podríamos decir que se manifiesta entonces la falta «empíricamente interna» del desafío.

Como podrá notarse, la estrategia retórica que empleo en este punto consiste, en algún sentido, en invertir el desafío de Dworkin. Éste intenta mostrar que el positivismo jurídico, dadas las tesis que según él lo definen, está *a priori* inhabilitado para ofrecer un tratamiento teóricamente sólido del desacuerdo en el derecho: positivismo y desacuerdos «teóricos» serían inconsistentes entre sí. De las respuestas a su objeción que he examinado en los dos capítulos anteriores, surge en cambio que hay fallas de principio en el propio desafío dworkineano. A partir de esto, creo que hay buenas razones para sospechar que se trata de un problema menos delicado para el positivismo jurídico de lo que muchos autores parecen haber pensado. Esto explica también que los tres autores positivistas aquí estudiados compartan, acaso en contra de la tesis *más generalizada* entre quienes han intentado confrontar a Dworkin respecto de este tema⁵, cierta retórica un tanto más despreciativa y despreocupada.

⁴ Cuestión aparte es la corrección de la apreciación empírica personal de Ratti acerca de la relación entre derecho y desacuerdo; según él, grande desde el punto de vista diacrónico pero insignificante desde el punto de vista sincrónico. Hart, por ejemplo, parece sostener que el desacuerdo no es tampoco empíricamente significativo desde el punto de vista diacrónico; véase HART, 1961/1963: 147. Aunque mis intuiciones sobre esto van más en línea con las de Hart que con las de Ratti, la idea a resaltar en este punto es justamente lo importante de recurrir a información empírica seria y amplia para desarrollar una sólida explicación del fenómeno de los desacuerdos, y no quedarse solamente con las intuiciones y apreciaciones personales.

⁵ Sólo por dar un ejemplo: SHAPIRO, 2011/2014: 347.

III

RECOLECTANDO PIEZAS PARA UNA EXPLICACIÓN

De lo antedicho surge, además, que posiblemente haya varias maneras igualmente compatibles con las tesis básicas del positivismo jurídico que permitan dar cuenta del fenómeno de los desacuerdos fundamentales en el derecho. En cualquier caso es legítimo exigir una explicación de carácter positivista del fenómeno de los desacuerdos jurídicos, si es que se pretende abonar sus títulos como una adecuada perspectiva teórica acerca del derecho.

Las respuestas a Dworkin examinadas en este trabajo no se agotan sin embargo en los elementos a partir de los cuales señalar las faltas originarias del desafío. Las tres incluyen también una propuesta positiva de explicación del fenómeno del desacuerdo jurídico fundamental. He analizado críticamente esas propuestas, indicando con especial énfasis los defectos y deficiencias que encuentro en ellas. Pero también hay de esas propuestas mucho por extraer y mis apreciaciones críticas han sido en buena medida sugerencias de ajuste y refinamiento, y no completos rechazos. A continuación procuraré entonces recolectar de las discusiones anteriores los elementos que creo pueden resultar más valiosos para obtener una explicación teóricamente adecuada de los desacuerdos fundamentales.

No se tratará, sin embargo, de una explicación en extremo detallada. La presente contribución ofrece más bien elementos con los que desarrollar un tratamiento más completo del tema, pero una más refinada elaboración —acaso algo siempre posible cuando de abordajes teóricos se trata— habrá de quedar pendiente.

1. La cuestión empírica

Para comenzar con el análisis del fenómeno de los desacuerdos fundamentales desde la perspectiva de la teoría jurídica es necesario ubicar el fenómeno en el contexto más generalizado posible del derecho como un todo. Una de las preocupaciones centrales de los teóricos del derecho ha sido la de ofrecer una visión global de éste, no restringida a concretos contenidos de legislación, jurisprudencia, etc. De aquí que suela decirse que la teoría, sobre todo aquella de orientación filosófica analítica, trabaja sobre el concepto de DERECHO y otros afines, pretendiendo a través de

su análisis poner de relieve las características salientes, distintivas, del derecho, esto es, del *fenómeno* jurídico⁶. O como podría decirse tomándonos de las palabras de un clásico iusfilósofo: del «derecho como hecho»⁷.

Es por ello que debe considerarse seriamente la magnitud empírica de los desacuerdos fundamentales en el derecho. La respuesta que Leiter ofrece al desafío dworkineano va en esta dirección. El hecho de que esta clase de desacuerdos sea empíricamente marginal no determina *per se* que se trate de un rasgo no característico o distintivo de la práctica jurídica, pero ciertamente ofrece una razón para pensarlo, de modo que refuerza la necesidad de mostrar cómo igualmente es en efecto característico, por parte de quien así lo declare. En su momento analicé ampliamente el detalle de la argumentación de Leiter, pero vale ahora traer a colación las ideas que destacué tras dicho análisis.

Por un lado, el positivismo jurídico no necesariamente está comprometido con la tesis según la cual el derecho está basado en acuerdos en un sentido teóricamente cargado. Por otro lado, es por ello que dentro de una comunidad tiene sentido distinguir, en términos empíricos, entre un área de desacuerdo fundamental manifiesto (en el sentido que interesa a Dworkin), un área de acuerdos en algún sentido fuerte, es decir, de acuerdos de algún modo teorizados que son tenidos por tales por los propios miembros de la comunidad, y un área intermedia de no-desacuerdo en la que se concluye de manera convergente en respuestas jurídicas concretas a casos particulares, reales o hipotéticos, pero sin que se sepa si hay convergencia también en las razones de fondo, en los criterios puntuales a través de los cuales se llega a esas respuestas convergentes. En la medida en que el positivismo jurídico no requiere de acuerdos teóricamente elaborados, el no-desacuerdo le es completamente compatible. Leiter ofrece un argumento fenomenológico que entiendo consigue al menos abonar la idea de que el área de no-desacuerdo es empíricamente mucho más amplia que la de desacuerdo y con ello da un primer elemento importante para la teorización general sobre el desacuerdo en el derecho.

Aquí además podemos agregar una nueva consideración. Leiter, a la estela de Dworkin y a diferencia de Ratti, no traza una distinción entre desacuerdos relativos a

⁶ Véase DICKSON, 2001; RAZ, 1996/2009; RAZ, 1998/2009; RAZ, 2004/2009; RAZ, 2007; SCHAUER, 2015.

⁷ OLIVECRONA, 1939/1980.

cuáles son las fuentes del derecho y desacuerdos sobre cuál es el contenido de significado de éstas⁸. En función de esto, se abre la sospecha de que de los casos que Leiter contempla como del tipo que apoyan el desafío dworkineano, y a los que reconduce a una minoritaria escala superior de la «pirámide judicial», aun habrá una parte que no sea exactamente de desacuerdos acerca de las fuentes, en la medida en que pueda de algún modo trazarse la distinción, como quiere Ratti⁹.

Pero siguiendo sobre la cuestión estrictamente empírica, recordemos que Ratti complementa el punto que he rescatado a partir del argumento de Leiter, con su distinción entre el análisis diacrónico y sincrónico: desde el punto de vista diacrónico, *i.e.*, considerando el desenvolvimiento de un ordenamiento jurídico a lo largo del tiempo, es acaso posible que el desacuerdo sea un factor notable, pero cuando se hace un recorte analítico se aprecia (en el sentido empírico al que me he venido refiriendo aquí) que se trata de algo minoritario. Así, las discusiones entre ciudadanos comunes, abogados, jueces y otros funcionarios acerca de lo que el derecho establece para un caso particular, se realizarán normalmente en el marco de (o por así decirlo, «rodeados por») una amplia convergencia (sea por acuerdo, sea por no-desacuerdo) sobre tantísimas otras cuestiones jurídicas.

No mucho más que esto requería Hart en el capítulo quinto de *El concepto de derecho* para introducir la idea de que el derecho se compone de reglas de diverso tipo entre las que figura de manera distintiva una regla, última, que se compone de los criterios más básicos de validez jurídica y que permite por ello distinguir aquellas normas que son jurídicas, que son parte integrante del derecho, de aquellas que corresponden a otros órdenes normativos de la comunidad: la regla de reconocimiento. Y por ello luego, en el capítulo siguiente, podía pasar con naturalidad a referirse a las situaciones no ordinarias (y hasta patológicas) en que un sistema jurídico, estructurado a partir de una regla de reconocimiento, entra en crisis ante la falta de convergencia sobre los criterios últimos de validez jurídica, *i.e.*, ante el desacuerdo profundo, extendido y continuado sobre la propia regla de

⁸ Como se vio en su momento, en realidad sí lo hace, pero no extrae de ello ulteriores consecuencias teóricas.

⁹ Volveré sobre esto *infra*, secc. III.4.2.

reconocimiento¹⁰. De modo que no sólo puede ser el caso que el desacuerdo fundamental pueda ser distintivo desde una apreciación diacrónica de un sistema jurídico sin que ello perjudique *per se* la perspectiva positivista, sino que esta última es también compatible con que en varios recortes analíticos de una práctica jurídica puntual pueda apreciarse asimismo un alto grado de desacuerdo fundamental: de la patología de un sistema jurídico a su extinción hay todavía un paso, y el positivismo jurídico hartiano parece lo suficientemente sofisticado como para mantenerse en pie incluso frente a las tempestades de esa «patología», según el término con el que Hart bautizara a ese estadio. Finalmente, y sobre todo, un positivista tendrá arsenal teórico con el que explicar —llegado el caso— que (y cómo) un determinado sistema jurídico en propiedad se ha extinguido como tal, si las disputas fundamentales se hubieran elevado a un grado insostenible.

Reducido *pro tempore* a un espacio empíricamente marginal, el fenómeno del desacuerdo tiene menos crédito para figurar entre las notas salientes y paradigmáticas del derecho de las que se ocupa la teoría jurídica.

2. Las «piezas intocables» del derecho

Esto puede ser ampliado algo más. José Juan Moreso ha sostenido que hay lo que podemos llamar «piezas intocables» del derecho, es decir, elementos del derecho sobre los cuales no puede haber controversias relevantes entre los miembros de una comunidad¹¹. La falta de desacuerdo a su respecto explicaría el hecho de que un sistema jurídico en su funcionamiento normal puede razonablemente ofrecer guías a las conductas de sus súbditos. Y a la vez explicaría cómo, no obstante, los desacuerdos (sobre otros elementos) conviven de ordinario en los sistemas jurídicos con una relevante nota de estabilidad¹². En sus palabras:

No me parece razonable considerar que todo lo que el derecho requiere es controvertido y depende de consideraciones valorativas. Algunos aspectos de la práctica han de estar protegidos de esta controversia. En mi opinión —y expuesto de

¹⁰ Nótese que en esta cualificación de los desacuerdos fundamentales, que es ciertamente relevante según la propia caracterización de Dworkin, las características de la extensión y la continuidad son efectivamente empíricas: que haya mucha cantidad de desacuerdos fundamentales y que persistan en el tiempo.

¹¹ MORESO, 2010b: 82-86. Véase también LUQUE SÁNCHEZ, 2012a: 54.

¹² MORESO, 2010a: 11-12.

modo muy provisional— al menos el contenido de las reglas jurídicas de las siguientes clases ha de poder identificarse sin controversia ni recurso a valoraciones:

- a) Las reglas que confieren poderes y las reglas de adjudicación en aquello que se refiere a la determinación de los órganos jurídicos y de los procedimientos.
- b) Las resoluciones judiciales y administrativas que establecen las decisiones individuales.
- c) Las reglas que establecen qué decisiones judiciales son definitivas y los procedimientos para hacerlas cumplir por el resto de órganos judiciales y administrativos.¹³

Jordi Ferrer, por su parte, ha precisado este punto de Moreso al observarle que pueden darse —y de hecho se dan habitualmente— desacuerdos sobre esos tres tipos de cuestiones en sistemas no por ello inestables. La precisión tiene entonces que ver, de nuevo, con distinguir entre una apreciación sincrónica y una diacrónica del funcionamiento de hecho de un sistema jurídico: la estabilidad de un sistema jurídico es compatible con desacuerdos incluso sobre estos tres tipos de cuestiones que Moreso menciona cuando son apreciables desde un punto de vista diacrónico; aunque posiblemente la inestabilidad realmente será una característica distintiva de un sistema en el que se encuentren estos desacuerdos, de manera cuantitativamente grande, también desde un punto de vista sincrónico, *i.e.*, a la vez¹⁴.

Por mi parte creo que este punto de Moreso, con la puntualización ofrecida por Ferrer, es un elemento que debe sumarse a lo que ha de ser tenido en cuenta por toda explicación comprensiva del fenómeno del desacuerdo en el derecho. Sólo le agregaría una observación ulterior, en línea con lo que hemos venido viendo hasta aquí: los enunciados jurídicos internos formulados por participantes de la práctica jurídica son enunciados normativos en el sentido de que *hacen uso* de las reglas, incluidas estas que aquí menciona Moreso, o al menos de los criterios de la regla de reconocimiento para identificarlas como reglas válidas del sistema. Desde la perspectiva del participante ese carácter es insoslayable, pues es lo que define como tal a dicha perspectiva. De manera que el recurso a valoraciones es ineludible. Pero en este sentido, desde luego, no parece encontrarse ningún elemento problemático para

¹³ MORESO, 2010b: 83. Nota omitida.

¹⁴ FERRER BELTRÁN, 2010: 179-182. Hart formula un punto similar en HART, 1961/1963: 189. Aquí no puedo evitar recordar las palabras de Sellars en su clásico y formidable ataque a lo que llamó «el mito de lo dado» en epistemología (el fundacionalismo): *empirical knowledge, like its sophisticated extension, science, is rational, not because it has a foundation but because it is a self-correcting enterprise which can put any claim in jeopardy, though not all at once*. SELLARS, 1956/1997: 79. Resaltados en el original.

la óptica positivista acerca del derecho, máxime cuando desde ella se ha trabajado tanto por resaltar tanto ese carácter normativo del discurso jurídico participativo.

3. Elementos para especificar lo «fundamental» de ciertos desacuerdos

3.1. Discurso normativo e interpretación

Más allá de las falencias del desafío original de Dworkin y del lugar que corresponda finalmente otorgarle al fenómeno del desacuerdo jurídico fundamental, en atención a una apreciación seria del modo en que de hecho funcionan nuestros sistemas jurídicos contemporáneos, podemos intentar abundar en una exploración filosóficamente positiva de dicho fenómeno. En este sentido, debe comenzarse señalando que los desacuerdos «fundamentales» del núcleo del desafío dworkineano consisten en la disputa sobre los criterios *últimos* de validez jurídica, aquellos que Hart ubicara como los componentes de su regla de reconocimiento. En la terminología del ya examinado trabajo de Ratti, los «desacuerdos de reconocimiento» (DR). Dworkin insiste en esto al presentar su desafío, a pesar de que aúne con ello una serie de desacuerdos de tipos potencialmente distintos.

De la discusión con Ratti surge que en lo que he llamado *momento fundacional* de una práctica jurídica no hay manera de identificar los criterios básicos de validez jurídica de un modo conceptualmente ajeno a la interpretación en alguna de sus formas, ni desde la perspectiva de los participantes en la práctica ni desde una perspectiva ajena, teórica. Esto último es en realidad poco sorprendente, porque tanto en sentido cronológico como en sentido lógico, conceptual, la teorización *acerca de* una práctica social viene después del (necesariamente borroso) comienzo y consolidación como tal de la práctica misma¹⁵. Pero tampoco es sorprendente que así sea desde la perspectiva de los participantes, porque como he querido mostrar siguiendo la distinción hartiana entre enunciados jurídicos internos y externos a través del análisis de la propuesta de Toh, el lenguaje del participante en tanto tal es, en efecto, de carácter normativo. Y entre las consideraciones normativas puestas en juego en el discurso participativo se cuentan, por supuesto, consideraciones interpretativas.

¹⁵ No parece haber manera de establecer un momento específico, cronometrado, del inicio de una práctica social, sino por un *fiat* más o menos arbitrario.

Esto último ha sido enfatizado en la discusión que he hecho del escepticismo interpretativo de Guastini: en ocasiones los ejercicios de «conocimiento interpretativo» no redundan en un único resultado interpretativo (*i.e.*, una única interpretación-*product*o), sino en una pluralidad. La selección de un significado entre varios igualmente admisibles es un acto normativo.

Esto se mantiene a pesar de que he presentado también un argumento con el que defender la idea de que el ámbito de las interpretaciones correctas puede ser más restringido que el que Guastini mismo contempla. Se trató de lo que en inglés en ocasiones se denomina un *possibility argument*, un argumento para mostrar, en este contexto, que *ha de haber* (necesidad conceptual) un más estrecho círculo de corrección¹⁶. El argumento sólo procura mostrar que hacer espacio conceptual a esa restricción —que es en propiedad una *especificación*— es ni más ni menos que una exigencia proveniente del modo mismo en que tiene sentido la idea de *conocimiento* (concreto), o dicho de otro modo: proviene del modo básico en que concebimos y comprendemos nuestra propia actividad cognitiva. No he establecido, sin embargo, cómo llenar positivamente ese espacio conceptual¹⁷, que como se ve es propiamente más estrecho en un sentido, pero más amplio en otro.

Desde el punto de vista de los participantes en el derecho las discusiones son de carácter normativo también cuando la práctica jurídica está consolidada, *i.e.*, fuera del momento fundacional. Los enunciados de los participantes tienen, en propiedad, un carácter híbrido normativo-descriptivo. El componente normativo, sin embargo, tiñe esos enunciados, como la gota de tinta en un vaso de agua. Al preguntarse un participante qué establece el derecho se está en parte preguntando también cómo actuar (aún si sólo «cómo actuar conforme a derecho» y no «cómo actuar todas las cosas consideradas»). Por ello, incluso cuando una cuestión interpretativa admite una única respuesta correcta —es decir, cuando un enunciado jurídico interno se formula presuponiendo un enunciado interpretativo verdadero—, ese carácter normativo seguirá estando presente. Un hablante que en el contexto de una discusión jurídica dice que se «se debe hacer X» está expresando su aceptación de una norma jurídica

¹⁶ Por otra parte, el argumento tiene la estructura de una *reductio ad absurdum* y constituye lo que usualmente se denomina un «argumento trascendental», según se viera en el apéndice al capítulo II.

¹⁷ Es decir, no he procurado, *e.g.*, establecer relaciones conceptuales de prelación entre métodos interpretativos diversos.

que establece que X es lo que debe hacerse y que considera validada por la regla de reconocimiento de su comunidad. A su vez, presupone en ello la aceptación de un cierto contenido para dicha regla de reconocimiento y su eficacia.

Teniendo en cuenta la sana preocupación genovesa por las cuestiones interpretativas, agregaremos aquí que el enunciado del hablante también presupone normalmente la interpretación, el enunciado interpretativo, de una disposición *D*. El significado de *D* es la norma *N* que el hablante expresa aceptar. Como he intentado defender, en ocasiones el enunciado interpretativo puede ser verdadero y en ocasiones carecer de valor de verdad, pero en ambos tipos de caso el enunciado jurídico general mantendrá el carácter híbrido que le otorgan el siempre normativo componente de la aceptación y el siempre descriptivo componente de la eficacia presupuesta de la regla de reconocimiento implicada. Esta ligeramente nueva forma de análisis de un enunciado jurídico interno puede esquematizarse, en línea con el modelo de Toh, del siguiente modo:

(EJI) Un hablante formula un enunciado jurídico interno si

(i) expresa su aceptación de una norma *N* que considera validada de acuerdo a la regla de reconocimiento de su comunidad, y

(ii) presupone

ii.1- el contenido (aceptado) de la regla de reconocimiento,

ii.2- la eficacia de dicha regla de reconocimiento, y

ii.3- un enunciado interpretativo que permite la extracción de la norma *N* a partir de una disposición *D*.

Sin embargo, es de esperar que no habrá esta intermediación de una disposición jurídica en al menos dos tipos de ocasiones: (1) cuando se exprese la aceptación de una norma no legislada y (2) cuando se trate de enunciados de reconocimiento, es decir, cuando el contenido de la regla de reconocimiento pasa de ser un presupuesto a ser aquello cuya aceptación es *directamente* expresado a través del enunciado. En este último tipo de caso, en particular, no mediará disposición pues la regla de reconocimiento es producto directo de la práctica social de identificación

del derecho, cuando menos en la forma de una costumbre judicial¹⁸. Del mismo modo, no es claro que en los casos de enunciado de reconocimiento (al menos en todos) vaya a figurar la presuposición de eficacia, con lo cual a veces se los podrá considerar como puramente normativos. Y aún más, tal como intenté mostrar en la primera de las críticas presentadas a Toh, hasta parece haber un sentido en el que los enunciados de reconocimiento no son, en propiedad, enunciados jurídicos; sin perjuicio de que hay otro sentido en el que lo son, por cuanto a través de enunciados de reconocimiento es como se propone desentrañar cuáles son los criterios últimos de validez *jurídica*.

3.2. *El carácter último de los criterios de validez objeto de desacuerdos fundamentales*

Los desacuerdos fundamentales entre participantes consisten entonces en la oposición de enunciados de reconocimiento, esto es, enunciados enfrentados que versan sobre los criterios últimos de validez jurídica. La idea de que se trata de desacuerdos acerca de los criterios últimos de validez (de que éstos, *últimos*, son los que componen la regla de reconocimiento) es una que merece destacarse ahora¹⁹. Los criterios de validez jurídica pueden estar (y en los sistemas jurídicos desarrollados normalmente están) jerarquizados en función de la jerarquía misma que ocupen las normas que los establecen²⁰. Una explicación del fenómeno de los desacuerdos jurídicos fundamentales ha de circunscribirse entonces a aquellos desacuerdos acerca de los criterios últimos, que ya no están fundados en criterios (intrajurídicos) ulteriores²¹.

Por usar una clásica ilustración de Hart:

¹⁸ GUASTINI, 2011/2014: 23-29.

¹⁹ HART, 1961/1963: 133.

²⁰ HART, 1961/1963: 126. Véase también PAPAYANNIS & RAMÍREZ LUDEÑA, 2012: 285-286. Considérese lo siguiente. Los contratos son conjuntos de normas para las partes que los suscriben. Una norma como, *e.g.*, la del art. 1265 del Código Civil español, que establece como condición general para la validez de los contratos (entre otras) que no se hayan celebrado con error de alguna de las partes, constituye con ello un criterio de validez jurídica para un contrato cualquiera (*i.e.*, para las normas contractuales). No se trata de un criterio último de validez, no obstante, porque a su vez la norma contenida en el art. 1265 del Código Civil es válida, junto con todas las otras normas del Código, en razón de que el Código ha sido creado por el Parlamento de acuerdo a las normas que regulan la competencia legislativa parlamentaria y el procedimiento para la creación de leyes, etc.

²¹ Usando términos de Kevin Toh, diríamos que se trata de desacuerdos en los que las partes no pueden recurrir a justificaciones *genéticas*, sino que deben recurrir a justificaciones *no-genéticas*. Para la distinción véase TOH, 2008: 465-467. Es de notar que en trabajos posteriores no vuelve a recurrir a esta distinción, lo cual creo que facilita aún más una crítica como la primera que le presenté en la sección VI del capítulo anterior.

Si se plantea la cuestión sobre si una cierta regla es jurídicamente válida, para resolverla debemos usar un criterio de validez suministrado por alguna otra regla. ¿Es válida esta pretendida ordenanza del County Council de Oxfordshire? Sí: porque fue dictada en ejercicio de las potestades conferidas, y de acuerdo con el procedimiento especificado, por un decreto del Ministerio de Salud Pública. A este primer nivel, el decreto suministra los criterios para apreciar la validez de la ordenanza. Puede no haber necesidad práctica de seguir adelante; pero existe la posibilidad de hacerlo. Podemos cuestionar la validez del decreto y apreciarla en términos de la ley que faculta al Ministro a adoptar tales medidas. Finalmente, cuando la validez de la ley ha sido cuestionada, y determinada por referencia a la regla que establece que lo que la Reina en Parlamento sanciona es derecho, alcanzamos un punto donde debemos detener nuestras investigaciones referentes a la validez: porque hemos llegado a una regla que, a semejanza del decreto y de la ley intermedios, proporciona criterios para la determinación de la validez de otras reglas, pero que, a diferencia de lo que ocurre en el caso de ellos, no está subordinada a criterios de validez jurídica establecidos por otras reglas.²²

Y es que es posible explicar los desacuerdos sobre criterios de validez no-últimos de manera distinta a estos fundamentales²³.

4. Las distinciones: tipos de desacuerdo en el derecho

4.1. Preliminar: (meta)interpretación y fuentes-proceso/producto

Aquí es oportuno retomar entonces las distinciones trazadas en el análisis de la propuesta de Ratti. Allí mostré que su categoría de los «desacuerdos interpretativos» (DI) carece de autonomía conceptual, en la medida en que siempre presupone otros de los tipos de desacuerdo caracterizados por Ratti («axiológicos» —DA— o «empíricos» —DE—) o bien colapsa con el tipo restante de su taxonomía, los «desacuerdos decisoriales» (DD)²⁴. A partir de ello esboqué la categoría de los que denominé *desacuerdos (meta)interpretativos* [de aquí en más, DMI], relativos a cuáles son los métodos interpretativos vigentes en una comunidad y cómo se configuran. Como se

²² HART, 1961/1963: 133. Como es sabido, «lo que la Reina en Parlamento sanciona es derecho» es el ejemplo de una *muy simplificada* regla de reconocimiento que Hart pone para ilustrar su idea sobre los criterios últimos de validez.

²³ Véase HART, 1961/1963: 184: *La distinción entre la incertidumbre de una regla particular y la incertidumbre del criterio usado para identificarla como regla del sistema, no es siempre clara. Pero alcanza claridad máxima cuando las reglas son normas legislativas, con un texto revestido de autoridad. Las palabras de una ley y lo que ella prescribe en un caso particular pueden ser perfectamente obvios; sin embargo, es posible que haya dudas sobre si la legislatura tiene potestad para legislar de esa manera. A veces la eliminación de estas dudas únicamente exige interpretar otra regla de derecho que otorgó la potestad legislativa, y la validez de esta otra regla puede ser indudable.*

²⁴ Siendo que a su vez este último también presupone siempre alguno de los otros dos tipos (DA o DE), salvo en un caso particular que es pragmáticamente irrelevante.

recordará, el autor genovés aludía expresamente a éstos, que también llamaba «desacuerdos metainterpretativos», pero sólo admitía entenderlos como mera oposición de consideraciones valorativas, axiológicas (esto es, DA)²⁵.

Yo en cambio defendí que hay razones para pensar que las técnicas y métodos interpretativos están sujetas a criterios intersubjetivos de corrección tanto respecto de cuáles son, cuanto de cómo se configuran²⁶. De esta manera, busqué fundar que se los entienda como una forma de desacuerdo empírico, aunque procuré también separarlos de lo que Dworkin entiende por estos últimos al plantear su desafío (a los que por su parte llamé *desacuerdos de existencia normativa* [DEN, de ahora en adelante]). De la revisión del escepticismo interpretativo guastiniano surge también una forma no meramente evaluativa de discernir cuáles y cómo son los métodos interpretativos de una comunidad, de la mano de su distinción entre los cánones que son «admisibles» y los que no, y su consiguiente distinción entre la «interpretación en sentido estricto» y la «construcción jurídica».

Ahora bien, del examen de casos judiciales concretos como los que ofrece Dworkin y luego Ratti y Leiter revisan, se desprende que los DMI se dan más bien de manera indirecta. Esto es, no se discute directamente sobre cuáles son y cómo se configuran los métodos interpretativos, sino —de manera poco sorprendente— a través de aplicaciones diversas a la interpretación de disposiciones jurídicas (formulaciones normativas) particulares. Y ello quiere decir que se dan en el *uso* de éstos, y no a través de *menciones* de contenido divergente. Esto, por cierto, sirve para abonar una vez más la idea de que el carácter de los enunciados jurídicos internos es normativo (involucra *usos*).

¿Pero cuál es el lugar que ocupan los DMI? Siguiendo la crítica de Papayannis y Ramírez a Ratti, introduce, en segundo término, la distinción entre fuentes-*proceso* y fuentes-*producto*, y los secundé también —ofreciendo para ello argumentos adicionales— en cuanto a que los desacuerdos interpretativos y metainterpretativos que interesan a Ratti parece que sólo pueden darse respecto del derecho escrito, esto es, de formulaciones normativas particulares. Ergo, de fuentes-*producto*. Esto quiere

²⁵ Cfr., SHAPIRO, 2011/2014: 370-371.

²⁶ Como es obvio, en última instancia ambas cuestiones colapsan en una. Pero sólo en *última instancia*, en la medida en que un acuerdo parcial sobre cómo se configuran permite razonablemente admitir que dos partes se refieren a un mismo método, aún sí desacuerdan en parte acerca de su configuración.

decir que, de modo autónomo, los DMI se dan solamente respecto de las leyes en sentido amplio (incluyente de la Constitución escrita, de decretos, etc.). Respecto de otras fuentes (*proceso*), como la costumbre, por ejemplo, los DMI colapsarían con desacuerdos acerca de las fuentes mismas (*i.e.*, lo que Ratti llamaría «desacuerdos de reconocimiento» —DR—), porque el solo hecho de identificar una cierta costumbre como aplicable a un caso supone un ejercicio de interpretación de ciertos hechos sociales²⁷.

Nótese no obstante que el sentido de «interpretación» aquí en juego es ciertamente distinto, pues se trata de la interpretación de hechos y no de textos. Podemos entonces distinguir ahora entre una «interpretación en sentido estricto», circunscripta a los textos, y una «interpretación en sentido amplio», relativa tanto a hechos y eventos como a textos²⁸.

De la estrategia original de Ratti de mostrar que Dworkin confunde indebidamente entre tipos de desacuerdo distintos, y en particular entre desacuerdos acerca de cuáles son las fuentes del derecho y acerca de cuáles son los contenidos de significado de éstas, *i.e.*, de dividir los «desacuerdos teóricos» dworkineanos en DR y DI, nos queda entonces que los desacuerdos acerca de las fuentes (DR) en verdad presuponen alguna especie de «DI», al mediar siempre la interpretación en alguna de sus formas, salvo en el tipo de caso que reúna las siguientes condiciones:

- i) versar sobre derecho escrito,
- ii) darse en un «momento no fundacional» de la práctica jurídica, en el que se haya ya desarrollado una posibilidad de identificar fuentes jurídicas de la manera que he denominado «puramente pragmática», y
- iii) no incluir como parte del desacuerdo el contenido de nociones básicas como «ley», «decreto» y «Constitución».

En estas condiciones, un «desacuerdo acerca de las fuentes» es un desacuerdo de carácter empírico relativo sólo de manera indirecta al contenido del derecho; un derecho que se presupone establecido. Se trata de un desacuerdo en la identificación

²⁷ Ello quiere decir que tiene poco sentido hablar de una «fuente-*producto*[costumbre]» como algo distinto de una «*norma* de costumbre».

²⁸ Véase WITTGENSTEIN, 1967/2007: §218.

puramente pragmática²⁹ de las fuentes-*productio* (i.e., formulaciones normativas) que regirían un caso. Y por la última presuposición mencionada se distingue del tipo de desacuerdo empírico que parecía tener en mente Dworkin —el de los DEN—, en donde al menos una de las partes en discordia no presupone que el derecho para el caso está preestablecido, sino que el que lo haya es precisamente el núcleo de la controversia. Sólo en esta medida se sostiene el corazón de la propuesta positiva de Ratti.

De acuerdo al detalle del análisis de dicha propuesta, y a la especificación que aquí he enfatizado según la cual los desacuerdos *fundamentales* son propiamente acerca de los criterios *últimos* de validez, podemos ahora trazar nuevas distinciones. Así, propongo la siguiente (re)clasificación de los desacuerdos jurídicos, subrayando de antemano que —como se verá— los dos primeros tipos de desacuerdo son, en un sentido, el mismo, aunque sostenidos desde el punto de vista interno el primero (a.i) y desde el punto de vista externo el segundo (a.ii); los presento bajo esta división por la sencilla razón de que, para los propósitos de este trabajo, se trata obviamente del tipo de desacuerdo más relevante³⁰.

4.2. Una reclasificación (explicada)

a.i) Desacuerdos de reconocimiento (DdR): se trata de desacuerdos acerca de cuáles son los criterios últimos de validez jurídica o, dicho de otro modo, de cuál es el contenido de la regla de reconocimiento de una comunidad. Desde la perspectiva de los participantes de una práctica jurídica, estos desacuerdos consisten en la contraposición de enunciados de reconocimiento que, como tales, tienen carácter normativo y se fundamentan en consideraciones potencialmente variadas entre las que figurarán, en particular, consideraciones normativas de carácter extrajurídico (aunque no necesariamente morales). De manera que se trata consecuentemente de desacuerdos de carácter normativo. La corrección de los juicios de reconocimiento en

²⁹ Podría también decirse «ostensiva», a modo ilustrativo.

³⁰ Como resultará evidente, lo que sigue se trata de una *re*-clasificación especialmente en el sentido de que pretende seguir (y ajustar) los pasos de la propuesta de Ratti. Papayannis y Ramírez hacen lo mismo tras presentarle sus objeciones. Véase PAPANANNIS & RAMÍREZ LUDEÑA, 2012: 285-287. En principio podría sostenerse que mi tipología y la de ellos son complementarias: la mía agrega, en particular (pero no sólo), la atención constante al punto de vista (de participante u observador) de las partes en disputa. En un análisis más fino diría que sin embargo la complementariedad no es total, pero no considero que sea oportuno encarar dicho análisis ahora. En todo caso, ya he sugerido algunas líneas generales de crítica a algunos puntos de su propuesta en el cap. II, primera parte, secc. IV *in fine*.

juego y por ende la eventual «victoria» —por así decirlo— de una de las posiciones disputantes sobre la otra, queda supeditada a la asunción de alguna forma de objetividad normativa³¹.

Para tratarse de genuinos DdR y no de pseudodisputas en que las partes están aludiendo a cosas por entero distintas, se requiere que compartan una mínima base común discursiva, que en este contexto es un entendimiento básico, presupuesto y no necesariamente bien articulado en algún sentido teórico, de dos cuestiones amplias: a) de qué es un criterio último de validez jurídica³² y b) de que su desacuerdo puntual tiene lugar en un contexto de relativa «estabilidad jurídica», en el sentido de darse en un marco de acuerdo sobre la existencia y forma general de funcionamiento de ciertas instituciones distintivamente jurídicas, como la adjudicación y otras funciones competenciales, ciertos procedimientos, etc³³.

En la medida en que entre las consideraciones puestas en juego al mantener este tipo de desacuerdos se incluyan asimismo cuestiones de hecho (por ejemplo, relativas a la eficacia real de una cierta configuración de la regla de reconocimiento), es posible predicar desde fuera —esto es, desde una perspectiva externa, teórica— error o falta respecto de dichas cuestiones, pero ello no necesariamente decide el desacuerdo en contra de quien invoque o presuponga erradamente dichas cuestiones, pues a la par se encuentran, como se ha dicho, cuestiones normativas en las que la teoría externa, *qua teoría*, no puede entrar³⁴. La «felicidad» de un enunciado jurídico

³¹ Lo que, tal como se sostiene ampliamente en la filosofía moral contemporánea, no necesariamente implica que esa corrección pueda ser predicada desde un punto de vista externo que no desarrolle por su parte un razonamiento específicamente normativo. Véase WILLIAMS, 1980/1993: 155-156. En la siguiente sección profundizaré sobre esto en relación con la teoría del derecho en particular.

³² Lo que hablando en términos algo más cargados teóricamente sería que se requiere que compartan una caracterización mínima de la *intensión* del concepto de REGLA DE RECONOCIMIENTO, y ello podría consistir —siguiendo con los términos técnicos— *e.g.*, en algo así como que la regla de reconocimiento tiene la propiedad de ser la regla que provee de modo último a la validación de otras reglas en tanto que reglas *jurídicas*. Véase cap. III, secc. VI.2. Para mayor abundamiento en la idea *base común*, en particular para distinguir entre desacuerdos genuinos y pseudodesacuerdos, véase MORESO, 2009/2012: 233-234. Él traza la distinción con una nomenclatura distinta: se refiere a desacuerdos «genuinos» y «espurios».

³³ De acuerdo a lo visto *supra*, secc. III.2.

³⁴ Aunque creo que puede apreciarse fácilmente tanto aquí como en todo otro contexto a lo largo de este trabajo en el que me he referido a la «teoría», «el discurso teórico», etc., vale la pena explicitar aquí que aludo a un discurso descriptivo-explicativo del derecho, que se mantenga valorativamente neutral y aséptico respecto de éste y que, en particular, no formule prescripciones. Esta es una caracterización en extremo simple y sin dudas podrían trazarse precisiones ulteriores de a montones. Como es obvio, se trata también de una concepción sumamente discutida. Todas las referencias bibliográficas y todas las consideraciones propias que he ofrecido sobre cuestiones metodológicas a lo largo de este trabajo vienen aquí a cuento y por ende parece fútil reiterarlas. En todo caso, en lo que

interno no necesariamente depende (mucho menos sólo y por completo) de la verdad de sus presuposiciones factuales.

La cantidad y calidad de dichas cuestiones de hecho es desde luego contingente: depende de lo sostenido por cada parte en cada desacuerdo concreto. Supóngase que una parte en un DdR alega que el criterio X es de hecho uno de los criterios de la regla de reconocimiento de su comunidad, *i.e.*, general y mayoritariamente seguido por los demás (eficaz), y sostiene asimismo, como única razón justificativa, que por serlo debe ser seguido en el caso que es marco de la discusión³⁵. En un caso como este la corrección de una posición normativa se hace depender solamente de la verdad de un juicio empírico. Supóngase además que resulta que la parte se equivoca de hecho acerca de la eficacia real de dicho criterio. En un caso semejante, su contraparte tendrá razonablemente respaldo suficiente para reforzar su propia posición. Pero esto ha de ser tomado, en el presente contexto, como una mera hipótesis de carácter normativo. De nuevo: a la teoría *qua* teoría no le corresponde pronunciarse sobre la corrección de los concretos juicios de primer orden de los participantes, aunque por supuesto podrá predicar el error en la presuposición de hecho, despejando completamente el camino —en un caso como el del ejemplo— para que, desde el punto de vista interno, se descalifique la posición normativa en cuestión. Una forma distinta de poner este punto es diciendo que el discurso teórico, de segundo orden, puede funcionar constriñendo las opciones que pueden ser adoptadas desde la perspectiva interna (aunque no por ello es determinante único y último de la perspectiva interna)³⁶.

a.ii) Desacuerdos acerca de las fuentes jurídicas (DaF): ¿Puede haber desacuerdos de reconocimiento desde el punto de vista teórico, externo? Por supuesto que sí. A falta de mejor nombre, los llamaré «desacuerdos acerca de las fuentes jurídicas». En un primer sentido, los DaF pueden consistir en meros desacuerdos empíricos acerca de

sigue en el cuerpo de texto agregaré dos elementos atinentes a esta cuestión: alguna consideración adicional sobre la empresa del análisis conceptual (poco más abajo) y unas cuantas acerca del lenguaje de la teoría del derecho así concebida, en la sección IV, dedicada especialmente a ello. De cualquier modo, no puedo siquiera acercarme a tener una mínima pretensión de exhaustividad sobre el asunto.

³⁵ Es decir, propone la consideración normativa de que deben utilizarse los criterios de validez considerados tales por la generalidad de los miembros de la comunidad (*i.e.*, eficaces).

³⁶ Volveré sobre esto *infra*, secc. IV.

qué es de hecho tratado como fuente jurídica en una comunidad. Es a lo que antes me he referido, tras un rechazo parcial de un argumento de Ratti, como a los desacuerdos en la identificación «meramente pragmática» de las fuentes del derecho.

En un segundo sentido, en cambio, encontramos que las disputas entre teóricos y filósofos del derecho son propiamente de este tipo. «Propiamente» quiere aquí aludir a cuando se realizan desde una perspectiva genuinamente teórica, *i.e.*, sin asumir compromisos normativos con el material jurídico de una comunidad, sin hacer uso de reglas jurídicas, sino mencionándolas.

En este segundo sentido puede reconstruirse de un modo en particular la eterna disputa entre positivistas y anti-positivistas jurídicos, sobre todo en lo relativo al carácter de la moral como fuente del derecho (imposible, potencial o necesaria, según las diversas posiciones). Cabe sin embargo resaltar que me refiero a «un modo» de reconstruirlas porque, en verdad, con frecuencia esas disputas presuponen desacuerdos metodológicos antecedentes³⁷. La distinción hartiana entre puntos de vista y enunciados internos y externos, así como otras de sus especificaciones metodológicas, son rechazadas por muchos autores anti-positivistas³⁸. En el capítulo anterior vimos que según Toh esto también ha sucedido, aún si no siempre de modo explícito y deliberado, con autores positivistas.

Las disputas metodológicas subyacentes pueden estar fundadas en consideraciones del más diverso tipo (epistémicas, lógicas, morales, etc.) y de allí que puedan redundar en (brindar apoyo a) metodologías de lo más diversas también³⁹. Fuera de esto, desde la perspectiva hartiana en particular, con el foco puesto sobre la

³⁷ A los que no incluyo en esta clasificación por no ser, como es claro, desacuerdos específicamente jurídicos.

³⁸ Como mostré en la anteúltima sección del capítulo I, este es en particular el caso de Dworkin. Esto nos muestra que, más allá de los problemas de su desafío basado en los desacuerdos, destacados de manera global en la sección II del presente capítulo, todavía habrá que discutir en particular su «antiarquimedismo», para terminar de fundamentar, de darle cuerpo, a dichas objeciones. Eso haré sobre el final de este trabajo. Para otro destacado diferendo metodológico con el proyecto hartiano, relativo en particular a la justificación que tenemos para atribuirles creencias y otras actitudes a los participantes de la práctica jurídica, véase FINNIS, 1980/2011: cap. 1. Junto a estos dos autores, el tercer más importante autor anti-positivista de nuestros días es probablemente Robert Alexy, quien de manera especialmente interesante, y totalmente opuesta a la de Dworkin, subraya la relevancia de la distinción entre puntos de vista interno y externo, señalando que la perspectiva del observador (pero sólo ella, y no así la del participante) le es «bastante favorable» al positivismo jurídico. Véase ALEXY, 2012 (esp. 81), con una discusión directa de BULYGIN, 2012.

³⁹ PAPAYANNIS & RAMÍREZ LUDEÑA, 2012: 284.

distinción entre puntos de vista interno y externo, las discusiones externas acerca de las fuentes han de ser entendidas como discusiones puramente conceptuales.

Uso la expresión «puramente conceptuales» a falta de mejores alternativas, pero sin dudas no es del todo feliz porque, según entiendo, en el trabajo de Hart se evidencia de manera paradigmática lo que yo diría es la «concepción clásica» del análisis conceptual. Esta perspectiva lo concibe como una empresa, justamente, *híbrida*: a medio camino, de algún modo, entre el estudio empírico y la propuesta normativa. La base del estudio conceptual en esta línea es la investigación sobre los significados de ciertos términos, como medio de acceso a los fenómenos a los que se alude con dichos términos, entendiendo a su vez de modo amplio los «fenómenos» en cuestión: desde objetos físicos en el mundo (extensionales) hasta objetos intensionales (estados mentales, otros conceptos, etc.). En palabras de von Wright:

La reflexión acerca de las razones para designar a las cosas mediante determinadas palabras es un tipo de investigación conceptual. ¿Cómo se lleva a cabo esa investigación? Aquí quiero llamar la atención sobre cierto punto. El propósito del tipo de investigación de la que estoy hablando no es hallar el significado (o aspecto del significado) real de alguna palabra o expresión, como si éste estuviera oculto tras las desconcertantes complejidades del uso común. La imagen del filósofo como investigador de los significados no debe vincularse con la idea o postulado según la cual las entidades que buscamos *están* realmente *ahí* —esperando ser vistas por el filósofo. Si esta manera de ver la tarea del filósofo fuera adecuada, entonces una investigación conceptual sería, hasta donde puedo ver, una investigación *empírica* sobre el uso ordinario del lenguaje o del significado de las expresiones.

La reflexión filosófica sobre las razones para llamar a algo «x» es necesaria en determinadas situaciones: cuando las razones no han sido precisadas, cuando no hay una opinión establecida en relación con ellas. El concepto todavía tiene que ser *moldeado* y, por tanto, aún hay que *establecer* sus conexiones lógicas con otros conceptos. Las palabras y expresiones con usos que desconciertan al filósofo están, por decirlo así, *en busca de un significado*.

No quisiera mantener que, aquí, la *única* manera provechosa de tratar los problemas es moldear los significados brutos, hacer preciso y claro lo que el lenguaje ordinario deja vago e indeterminado. Me ha parecido, sin embargo, que la investigación conceptual que adopta el método de moldear y dar forma a los conceptos es particularmente apropiada para el tratamiento de los problemas en ética y otras ramas de la filosofía relacionadas (estética, filosofía política).⁴⁰

Y a las ramas que menciona Von Wright podríamos agregar aquí la filosofía del derecho. Esta concepción del análisis conceptual, matices al margen, es apreciable en

⁴⁰ VON WRIGHT, 1963/2010: 38-39. Cursivas en el original. Véase la nota 122 del capítulo II para una referencia en esta misma línea al pensamiento de Peter Strawson.

el trabajo de Hart⁴¹ y ha sido adoptada (de nuevo: matices al margen) por un amplio sector de los filósofos del derecho de ascendencia analítica después de él⁴².

Desde el punto de vista de la metodología del análisis conceptual en la línea seguida por Hart y sus epígonos, las clásicas disputas sobre si la moral puede o no fungir como fuente del derecho, desarrolladas *a partir* del análisis del correspondiente concepto de FUENTE DEL DERECHO —y por supuesto del concepto mismo de DERECHO—, pueden entonces ser entendidas como la contraposición de enunciados jurídicos externos, cuando menos en el sentido de no hacer uso de normas jurídicas.

b) Desacuerdos metainterpretativos (DMI): disputas acerca de cuáles son y cómo están configurados los métodos interpretativos que pueden utilizarse para elucidar el significado de formulaciones normativas escritas, *i.e.*, fuentes-*producto* del derecho. Como desacuerdo entre participantes, los DMI manifestados en el uso de cánones y métodos interpretativos diversos serán desacuerdos de carácter normativo, pero en la medida en que se sostenga que cuáles son y cómo se configuran los cánones interpretativos utilizables en una comunidad es algo dependiente de criterios intersubjetivos empíricos, los usos que las partes en una disputa hagan podrán ser cuestionados no sólo en la contraposición de enunciados jurídicos internos, sino también mediante descripciones formuladas a través de enunciados externos, en la misma línea que el ejemplo puesto apenas antes para ciertos casos de DdR. Por supuesto, esto último no sólo puede ser hecho por terceros ajenos a la controversia puntual, sino también por las propias partes⁴³.

⁴¹ Véase la secc. I del capítulo anterior y, en general, HART, 1961/1963: caps. 1 y 10.

⁴² Véase HIMMA, 2015. También BOUVIER, GAIDO & SÁNCHEZ BRÍGIDO, 2007a.

⁴³ Toda discusión de las presuposiciones factuales de un enunciado jurídico interno puede ser hecha a través de la presentación de enunciados externos con contenido contrario al de ellas. Además, es evidente que no todo contenido factual (no toda proposición de hecho) ha de ser considerado un presupuesto en los enunciados jurídicos internos formulados por una parte en un desacuerdo concreto. De acuerdo a la distinción trazada *supra* sección I, tiene sentido decir que toda parte de una discusión jurídica interna será tal en función de que formule enunciados jurídicos internos (*participante-2*), pero ello no necesariamente implica que todo enunciado que formule en ese contexto deba ser considerado interno. Así, ser *parte* en una disputa jurídica de primer orden sólo requiere de al menos la formulación de un enunciado jurídico interno en contraposición al de otro (*i.e.*, al de otra parte). Toda parte en una controversia actúa entonces en al menos un momento como *participante-2*, pero en otras instancias de la misma controversia puede actuar meramente como *participante-1*. Es decir, nuevamente: no todos sus enunciados tienen que ser necesariamente de carácter interno.

Asimismo, aunque parece plausible asumir que lo normal será que el desacuerdo se manifieste en usos divergentes, es posible que se dé a la manera de una discusión directa sobre cómo se configura un cierto método. Así, por ejemplo, podría pasar que una parte en un desacuerdo que tiene lugar en Argentina sostenga que para conocer el significado literal de las palabras de un texto debe *comenzarse por* acudir al Diccionario de la Real Academia Española, mientras que la otra sostenga que no debe hacerse tal cosa sino acudir sólo a diccionarios escritos en Argentina. Bajo el entendido de que los métodos se configuran de manera colectiva y que esto representa un criterio intersubjetivo de corrección, un desacuerdo de este tipo puede ser entendido como un desacuerdo empírico o como uno conceptual⁴⁴. Según ambas opciones, de todos modos, es un tipo de desacuerdo que puede ser sostenido desde una perspectiva genuinamente teórica en cuanto tal.

c) Desacuerdos de existencia normativa (DEN): se trata de desacuerdos acerca del acaecimiento de los hechos a partir de los cuales se predica la existencia de normas jurídicas. Una parte sostiene que un caso de rige por una cierta ley, por ejemplo, mientras que su contraparte sostiene que esa ley no existe, en el sentido de que nunca fue sancionada, *i.e.*, votada y promulgada. Es el tipo de ejemplo como el que presentaba Dworkin relativo a si había sucedido el concreto hecho de que ciertos personajes a los que se considera dotados de autoridad legislativa habían en efecto levantado sus manos en una reunión (parlamentaria) para aprobar la sanción de una ley.

Como se trata de desacuerdos puramente empíricos, son llevados adelante mediante la contraposición de juicios externos, de segundo orden, y por ende no son, en sí mismos, desacuerdos entre participantes⁴⁵. Sin embargo, es claro que también pueden darse DEN en el seno de una discusión entre participantes en sentido estricto. Ello puede darse de manera más o menos explícita a través del choque entre las presuposiciones factuales opuestas de sendos enunciados jurídicos internos.

⁴⁴ Entendiendo a las controversias conceptuales en función de lo visto al tratar los DaF.

⁴⁵ En este contexto vale la pena recordar especialmente que me refiero, desde luego, al sentido de *participantes-2* caracterizado *supra*, secc. I.

d) Desacuerdos puramente valorativos (DPV): es hoy aceptado unánimemente, incluso por los autores más fuertemente partidarios del iusnaturalismo, que es posible tener objeciones valorativas para con el derecho establecido. Así, hasta quienes defienden la idea de que una norma extremadamente injusta no es derecho aunque cumpla con los requisitos formales para serlo⁴⁶, hacen lugar a que las normas jurídicas, el derecho establecido, sea moralmente criticable. Exigir que una norma no sea extremadamente injusta no implica, por supuesto, que deba alcanzar un cierto *ideal* moral.

Es claro que los desacuerdos sobre la valoración —moral o de otros tipos— del derecho, cuando se parte de un acuerdo sobre cuál es su contenido específico, no han de ser razonablemente calificados como desacuerdos «jurídicos». Sin embargo, hemos visto que allí donde la interpretación de una formulación normativa, una fuente-*producto* del derecho, admite del mismo modo dos interpretaciones diversas, la elección de una alternativa por sobre la otra tiene carácter valorativo. En disputas de este tipo, nos encontramos en cambio frente a desacuerdos propiamente jurídicos, por cuanto se trata de formas contrapuestas de desentrañar y emplear el contenido del derecho. Consistirán entonces en enunciados jurídicos internos en competencia y, en este sentido, los desacuerdos en cuestión serán exquisitamente normativos⁴⁷.

A partir de estas categorías, creo, pueden trazarse tantísimas especificaciones ulteriores a la manera de sub-categorías, teniendo en cuenta criterios como, *e.g.*, la materia jurídica concreta sobre la que se discrepe, las partes involucradas, la sede o nivel institucional en el que operen, la circunstancia temporal en la que se manifiesten, etc⁴⁸. Con este «a partir» quiero obviamente decir que en última instancia, no obstante, todo desacuerdo jurídico podría ser reconducido a alguna de estas categorías.

⁴⁶ Véase ALEXY, 1992/2002: 28-31, donde se hace un análisis de la clásica defensa de esta idea por parte de Gustav Radbruch.

⁴⁷ Algo similar ocurrirá desde la perspectiva teórica del positivismo jurídico *incluyente* cuando haya desacuerdos morales para desentrañar el contenido del derecho, tal como esta corriente admite y en la medida en que resulte teóricamente plausible. Como es obvio, no puedo pronunciarme sobre ello aquí.

⁴⁸ Para detalladas especificaciones de este tipo, véase GUASTINI, 2012b; LUQUE SÁNCHEZ, 2012a.

IV

UNA DESTILACIÓN FINAL: EL LENGUAJE DE LA TEORÍA DEL DERECHO

1. *Cerrando el círculo: sobre el antiarquimedismo de Dworkin*

La última parte del análisis del trabajo de Dworkin en el capítulo I consistió en poner de relieve el que creo es su fundamento filosófico fundamental: el antiarquimedismo. Como allí dije, la postura antiarquimédica de Dworkin consiste en la negación de la distinción entre un lenguaje objeto, de primer orden, y un metalenguaje o lenguaje de segundo orden⁴⁹. En lo que hace al estudio del derecho, entendido éste preanalíticamente como fenómeno social, el antiarquimedismo implica el rechazo de la distinción hartiana entre puntos de vista y enunciados internos y externos. Recordando esto obtenemos una explicación adicional del *origen* de su desafío al positivismo jurídico basado en los desacuerdos. O dicho en otros términos, tenemos con esto información adicional sobre su «contexto de descubrimiento». Es muy importante volver sobre esta posición de Dworkin, porque con ello cerramos el círculo del análisis de su desafío⁵⁰.

Kevin Toh sostiene que el antiarquimedismo de Dworkin —que este último trata comenzando por la relación entre ética y metaética⁵¹— puede descomponerse en dos asunciones⁵². Por un lado, tenemos la que llama la *tesis de la «autonomía» o «independencia» del razonamiento moral de primer orden*, según la cual sólo a través de consideraciones éticas sustantivas, de primer orden, se pueden justificar apropiada

⁴⁹ Capítulo I, secc. VIII.

⁵⁰ Aquí podemos explicitar algo más sobre lo que denominé la falta «teóricamente externa» del embate de Dworkin: no es que éste desconozca la distinción hartiana entre enunciados internos y externos en el sentido de que se le olvide o escape, sino que la *rechaza*, vía sus argumentos antiarquimédicos, pasando luego a endilgar mucho de lo que Hart dice sobre los enunciados jurídicos externos a su análisis de los enunciados jurídicos internos. La completa justificación de una «falta» de su parte en este punto conlleva entonces la necesidad de ofrecer argumentos para rechazar su antiarquimedismo. Esto sin embargo no parece ser cabalmente identificado por Toh (véase la sección V.1 del capítulo anterior), quien —como vimos— contribuye grandemente a desmontar el desafío dworkineano con su énfasis en tal distinción, y quien —como veremos justo a continuación— también aporta, no obstante, a la discusión del antiarquimedismo.

⁵¹ Ética entendida como razonamiento y discurso moral de primer orden, y metaética entendida como un discurso de segundo orden preocupado por las cuestiones metafísicas, conceptuales, semánticas epistemológicas y psicológicas que subyacen al discurso ético de primer orden. Estas son caracterizaciones bastante estandarizadas en la literatura de referencia.

⁵² TOH, 2013: 463-464.

o legítimamente teorías éticas de primer orden también (*i.e.*, teorías *normativas*) o los contenidos de normas morales fundamentales.

Por otro lado, la asunción de que la ambición de las teorías metaéticas es la de vindicar o desacreditar *por completo* a ciertas teorías éticas de primer orden y que, por ende, en la medida en que las implicancias sustantivas de un cierta teoría aparentemente metaética sean sólo parciales o selectivas, se tratará en realidad de meras teorías (incompletas) de primer orden, simplemente más llamativas por su alto grado de abstracción y generalidad. Y ciertamente, según Dworkin, inútiles por esa misma razón. Recordemos finalmente que él traslada su discusión de la metaética a la relación entre la teoría del derecho y el lenguaje jurídico de primer orden.

Ahora bien, ambas asunciones resultan problemáticas. Por una parte, es el caso que no todos los que han propuesto teorías que ellos mismos denominan «metaéticas» lo han hecho con la pretensión de acreditar o desacreditar *por completo* ciertas teorías o posiciones sustantivas. Por el contrario, no es infrecuente que los teóricos vean y reconozcan que sus construcciones metaéticas se «condicen» o tienen una relación más «natural» con ciertos tipos de concepciones éticas de primer orden que con otras, pero argumentando asimismo que ello no implica un compromiso lógico, conceptual, una relación necesaria. Ni, del mismo modo, que por necesidad se excluyan ciertas posiciones de primer orden. Por ejemplo, Simon Blackburn, un conocido defensor de la metaética expresivista contemporánea, sostiene lo siguiente hacia el final de una de las muchas presentaciones que hace del *proyectivismo*, su propia teoría⁵³:

creo que no es equivocado esperar que una teoría proyectivista vaya a asociarse con ópticas consecuencialistas de primer orden [...] Debe decirse de entrada que no hay una conexión *esencial* entre el proyectivismo y una postura consecuencialista en ética.

⁵³ Núcleo central de su versión propia del expresivismo metaético. Se trata, dicho de manera básica y poco precisa, de la tesis metafísico-semántica de que al formular juicios éticos las personas proyectamos sobre acciones y cosas nuestros propios pareceres respecto de ellas *como si* fueran propiedades que de hecho poseen, aunque en realidad carezcan naturalmente de ellas (cuando digo «X es bueno» hablo como si X tuviese, intrínsecamente, la propiedad de ser bueno, aunque en realidad tal propiedad no sería sino una característica que yo le imprimo a X –*proyecto* sobre X– al formular mi juicio). Puede encontrarse una presentación y estimulante análisis crítico de esta idea –con referencia expresa a sus potencialidades para la teoría del derecho– en BOUVIER, 2012: caps. 2 y 3. Vale destacar que las afinidades entre las obras de Blackburn y Gibbard –sobre quien hemos repasado bastante en el capítulo III– han sido reconocidas en diversas oportunidades por ambos. Así, *e.g.*, en BLACKBURN, 1992: 351 y en GIBBARD, 2003: *xii*.

Podría ser el caso que todos los seres humanos encontrasen natural el sentir ciertos sentimientos, que obtengan expresión en la forma de aprobación, al enfrentarse con ciertas características de las acciones, aunque tales características no tengan consecuencias que expliquen la aprobación (...) Si tuviésemos este tipo de propensión, ello no alteraría la elucidación metafísica [aquí efectuada] —no haría por sí mismo que una teoría [metaética] realista sea más fácil de definir adecuadamente, o que su verdad resulte más probable. Pero diríamos que tales características son buenas (o correctas, o lo que fuere) y tal vez nos veríamos incapaces de vislumbrar una moral loable que así no lo sostuviera: tendríamos una ética deontológica (...) Sin embargo, es natural asociar al proyectivismo con una moralidad de tipo consecuencialista, de la siguiente manera. Es *improbable* que un proyectivista vaya a tomar los sentimientos morales como algo simplemente dado. Él completaría su relato intentando explicar la práctica moral. Y esto lo llevaría a la función de ésta, en particular a su función social (...) Al decir esto *nos vamos más allá de la cuestión metafísica*, tal como he intentado explicar, pero se trata de un añadido natural a ella. Y si es correcto, debe haber al menos un límite a la medida en la que el pensamiento moral puede oponerse al razonamiento de tipo consecuencialista, teleológico.⁵⁴

Por otra parte, la «tesis de la autonomía» parece desconocer casos como el imaginé al caracterizar los que he denominado DdR: una parte en un desacuerdo presupone que el contenido que ella le asigna a la regla de reconocimiento de su comunidad es, de hecho, el que común y mayoritariamente se le asigna, y el único argumento normativo que presenta en relación con esto es que en la identificación del derecho deben usarse sólo los criterios de validez mayoritariamente reconocidos como tales. En un ejemplo como este, es claro que un juicio empírico, que muestre que de hecho no es el que esa parte sostiene el contenido generalmente aceptado para la regla de reconocimiento, es todo lo que se necesita como respaldo argumentativo para desechar normativamente semejante posición. De manera similar, y como otra forma de rechazar la tajante versión dworkineana de la «tesis de la autonomía», uno puede,

⁵⁴ BLACKBURN, 1985/1993: 164. La traducción y el énfasis son propios; el original reza: *it is, I think, not a mistake to expect that a projective theory will consort with consequentialist first-order views [...] It should be said at the outset that there is no essential connection between projectivism and a consequentialist view in ethics. It could be that all human beings found it natural to feel certain sentiments, which gain expression as approval, when faced with some features of action, although those features have no consequences that explain the approval (...) If we had this kind of propensity, it would not alter the metaphysics –it would not in itself make a realistic theory easier to define properly, or more likely to be true. But we would say that those features are good (or right, or whatever) and perhaps we would be unable to envisage admirable moralities that did not do so: we would have a deontological ethics (...) Nevertheless, it is natural to associate projectivism with consequentialist moralities, in the following way. A projectivist is unlikely to take the moral sentiments as simply given. He will fill out the story by attempting an explanation of the practice of moralizing. This turns to its function, and particularly to its social function (...) Saying this goes beyond the metaphysical view, as I have tried to explain, but it is a natural addendum to it. And if it is right, there must be at least a limit to the extent to which moral thought can oppose consequentialist, teleological reasoning.*

por caso, mostrar desde un punto de vista externo que ciertas consideraciones normativas (*i.e.*, de primer orden) son incompatibles entre sí, de modo que quien simultáneamente las sostenga resultaría incurso en una incoherencia conceptual⁵⁵.

Al rechazar por razones como estas al antiarquimedismo dworkineano, se nos despeja el camino para retomar, fortalecida, la distinción hartiana entre enunciados jurídicos internos y externos, y con ello reafirmar el vicio de origen que he llamado «teóricamente externo» en el desafío de los desacuerdos.

2. El lenguaje práctico de primer orden y el lenguaje teórico de segundo orden

2.1. Retroalimentación

A partir de la discusión recién presentada puede desarrollarse la idea de que los discursos de primer y segundo orden constituyen niveles del lenguaje distintos que, no obstante, mantienen entre sí una relación de ajuste y condicionamiento recíproco.

En un primer y obvio sentido, el discurso de segundo orden versa acerca del de primer orden, de manera que este último, conceptualmente precedente, condiciona lo que puede decirse desde el otro. Este sentido abre paso a uno diverso, menos obvio, pero de vital importancia para nosotros aquí: si el discurso de segundo orden está para el análisis y la mejor comprensión del de primer orden, y si se admite que ciertos discursos de primer orden son una pieza importante de lo que hacemos, de cómo nos comportamos y de por qué creemos o sentimos que debemos comportarnos de ciertos modos⁵⁶, se abona la justificación de la norma epistemológica de acuerdo con la cual todo análisis desde un metanivel ha de intentar «conservar» todo lo posible el lenguaje examinado, esto es, preservar el sentido que los hablantes, los participantes de la práctica lingüística en cuestión, le otorgan a sus decires y la manera en que ellos mismos evalúan la (in)corrección de sus propias formulaciones. Aunque dar cuenta del «valor superficial» de lo que dicen los participantes de una práctica social, *i.e.*, del «valor superficial» de los discursos de primer orden, no puede agotar las tareas en las

⁵⁵ Más allá de que luego nos parezca acertado o no, creo que esta es una manera plausible y atractiva de entender el ya mentado argumento de Mackie acerca de la inexistencia e imposibilidad de unas propiedades morales con la peculiar característica de constituir imperativos motivacionales categóricos. Véase MACKIE, 1977a: cap. 1 (esp. 38-42) y la sección II.2.1 de la segunda parte del capítulo II del presente trabajo.

⁵⁶ Y esto es, intuitivamente, algo que parece suceder particularmente respecto del discurso jurídico de primer orden, del lenguaje con el que nos manejamos dentro del derecho, porque el derecho en sí mismo es en gran medida un «producto lingüístico», por así decirlo.

que consiste el análisis de una práctica tal⁵⁷, sí que es una de las tareas en las que efectivamente ha de consistir, y resulta de mayor importancia cuanto mayor sea el carácter específicamente lingüístico de la práctica de que se trate⁵⁸. Pero como he intentado mostrar justo recién —al referirme a posibles casos como el de la caracterización de ciertos DdR o a la posibilidad de predicar, desde un punto de vista externo, la incoherencia entre nociones manejadas a la vez por otro, desde un punto de vista interno—, el discurso de segundo orden puede por su parte condicionar y restringir al de primer orden.

Como hemos visto, tanto en la propuesta positiva de Dworkin como en la respuesta a su desafío al positivismo jurídico ofrecida por Ratti, se resalta que las cuestiones interpretativas son centrales para la adecuada teorización del fenómeno de los desacuerdos en el derecho. Esta ha sido una de las grandes razones por las que he optado por incluir en este trabajo una discusión de una sofisticada forma de escepticismo interpretativo, como es la ofrecida por Riccardo Guastini⁵⁹. Pero otra razón central, que ahora viene especialmente al caso, es que la presentación y discusión de esta perspectiva acerca de la interpretación constituye en diversas maneras un ejemplo de cómo un metadiscurso puede imponer ciertas restricciones en un discurso de primer orden.

Guastini distingue entre la «interpretación propiamente dicha» y la «construcción jurídica» según un determinado ejercicio interpretativo se ajuste a los métodos interpretativos «admisibles» o no. Esto representa obviamente un marco general para que desde el punto de vista interno a la práctica se predique la (in)corrección de ciertas interpretaciones, justamente, *en tanto que interpretaciones*. Si uno emplea un supuesto método interpretativo para desentrañar el contenido de una disposición, método que resulta que prácticamente nadie aplica (*e.g.*, el de considerar que la disposición se refiere al primer asunto del que hable la próxima

⁵⁷ Ni siquiera si se trata de una práctica fundamentalmente lingüística, como el derecho; ni siquiera aún si se trata de una práctica *puramente* lingüística: la práctica, justamente, del uso del lenguaje (verbal) en general.

⁵⁸ Véase la nota 34 del capítulo III. Las teorías del error global, como la de Mackie en metaética, están siempre sujetas a potenciales descalificaciones también globales en términos de discurso de primer orden, más allá de las objeciones específicamente teóricas que puedan recibir.

⁵⁹ Apéndice al capítulo II. Otra obvia razón está dada por las notorias implicancias que esta versión tiene en la respuesta de Ratti, que presupone una forma de escepticismo como el de Guastini.

canción que vaya uno a escuchar en la radio⁶⁰), asumamos: un método que no es de los considerados «admisibles» por la comunidad, entonces los demás miembros de la comunidad tendrán ya con ello una razón (aún si quizás no del todo concluyente) para rechazar la interpretación-*product*o obtenida por el empleo de semejante método. Pero Guastini se cuida *bien* de calificar de «errados» o algo por el estilo a quienes ejercitan la «construcción jurídica» en lugar de la «interpretación propiamente dicha», porque —en un caso como el hipotetizado— el hacerlo requiere la adopción del punto de vista interno, en el sentido de que requiere la adopción de los criterios interpretativos admisibles en una comunidad para contrastar los resultados de éstos con los obtenidos bajo el método *ad hoc*.

Por mi parte, he procurado mostrar que, por razones conceptuales, aún dentro del campo de la «interpretación propiamente dicha» cabe hacer espacio a criterios de corrección ulteriores a efectos de

(1) apreciar los contenidos cognitivos de los objetos de interpretación, de manera que la labor cognitiva —la labor destinada a *conocer* qué es lo que ciertas formulaciones dicen— no se nos presente como necesariamente agotada en el empleo sólo *prima facie* de los métodos interpretativos admisibles, o eventualmente,

(2) admitir que los participantes manejen criterios de corrección específicamente normativa cuando en efecto la empresa cognitiva se ha agotado sin redundar en una interpretación-*product*o única. Pero en su momento resalté y ahora repito que «hacer espacio» no equivale a «llenar» ese espacio, y que admitir que los participantes puedan manejar criterios de corrección normativa no equivale a desarrollarlos ni, mucho menos, a comprometerse con los que eventualmente se manejen dentro de una práctica interpretativo-jurídica en particular.

En esta línea, la que he denominado «concepción clásica» del análisis conceptual, instanciada en trabajos como los de Von Wright, Strawson y —de especial interés en nuestro presente contexto de estudio— el propio Hart, se presenta como precisamente correlativa a esta idea de la interacción entre los niveles del lenguaje-objeto y el metalenguaje que versa sobre ese lenguaje-objeto.

⁶⁰ No hace falta considerar aquí que el contenido de la canción acaso deba ser también interpretado, etc.

2.2. Verificación empírica y límites del derecho

En función de todo lo antedicho se comprende mejor, espero, la crítica que en el capítulo II presenté al enfoque sobre los desacuerdos de Brian Leiter en cuanto a su idea de que allí donde se agotan los «acuerdos» se agota el derecho⁶¹. Tal como la idea es explicitada por él, parece representar un inapropiado salto desde el plano del metadiscurso al del discurso de primer orden⁶², porque parece asimismo olvidar que el discurso de los participantes de la práctica jurídica es normativo y que por ende habrá consideraciones normativas que determinen cuál es el derecho establecido.

De acuerdo a lo visto en el capítulo anterior, podemos ahora decir que según parece Leiter cae en el *non sequitur* de que, del hecho de que teóricamente puede afirmarse la existencia de un sistema jurídico en una comunidad (y de una norma como perteneciente a dicho sistema) solamente en función de que se den ciertos hechos sociales, se pasa a afirmar que la corrección de un juicio jurídico de primer orden (un enunciado jurídico interno) depende solamente de que se den ciertos hechos sociales en esa comunidad.

Es momento de explorar un poco más la relación entre estas dos cuestiones, la de que se puede afirmar la existencia de un sistema jurídico en una comunidad sólo a partir de que se den ciertos hechos sociales, y la de que la corrección de los enunciados jurídicos internos no depende solamente de que se den ciertos hechos sociales.

En primer lugar, vuelvo a señalar que la afirmación de que un sistema jurídico existe en una comunidad constituye, en principio, un enunciado jurídico externo⁶³. Como también vimos, sin embargo, los enunciados jurídicos internos normalmente presuponen la existencia y eficacia de una regla de reconocimiento y, con ella, por ende, de un sistema jurídico. Y ello constituye una presuposición factual, de que ciertos hechos han ocurrido. Responder a la pregunta de si una determinada regla de reconocimiento es eficaz en una comunidad requiere la constatación de que buena

⁶¹ Así como a una de las interpretaciones que manejé (la menos caritativa) sobre su posición respecto de lo que llama la *suposición del significado claro por defecto*. La interpretación en cuestión es la que entendía que Leiter sostenía normativamente que el método de interpretar de acuerdo al significado ordinario de las palabras es el método correcto, el que debe emplearse.

⁶² Creo que, de manera sugerida, esta «acusación» (aunque no en particular al enfoque de Leiter) está también presente en LUQUE SÁNCHEZ, 2012a: 42, n. 62.

⁶³ Véase la secc. I.1 del capítulo anterior.

parte de esa comunidad en general, y del conjunto de sus funcionarios (sobre todo jueces), en particular, recurre a los criterios que componen esa regla para determinar qué otras reglas son jurídicamente válidas, *i.e.*, cuentan como propias de ese sistema jurídico. Nótese que comprobar este hecho presupone a su vez que la regla de reconocimiento tiene un cierto contenido (digamos, se compone de los criterios *x*, *y*, y *z*, y no de otros); no obstante, comprobar si esos contenidos son usados por buena parte de la comunidad es también una cuestión empírica.

Al formular enunciados jurídicos internos lo que en general hacemos es correlacionar acciones con normas jurídicas, evaluando a las primeras en función de las segundas. A su vez, correlacionamos normas entre sí, dando por válida a una norma en función de otra, validatoria. Esto es parte del proceso de decidir qué hacer, qué cursos de acción adoptar y qué cursos rechazar. En todo este proceso, las normas puestas en juego son tenidas como razones a favor o en contra de ciertos comportamientos, incluida la norma validatoria, que ofrece al menos razones *conceptuales* para determinar la validez jurídica de otras normas⁶⁴. A pesar de la ineludible ambigüedad eventual del lenguaje, es posible predicar la existencia de una norma o sistema jurídico también desde el punto de vista interno, si con ello se pretende evidenciar esta postura práctica, indicando elípticamente que, a través de esa norma o sistema, encontramos determinadas restricciones y/u ordenaciones para nuestro comportamiento.

De modo que se puede afirmar que existe una norma o sistema jurídico tanto desde un punto de vista interno como desde un punto de vista externo. Pero lo más importante aquí es que afirmar eso mismo desde sendos puntos de vista supone decir cosas distintas. Sólo cuando se habla desde el punto de vista interno se lo hace con la pretensión de establecer (referirse a) razones para la acción y es así que por ende la fuerza práctica de los enunciados difiere también. Decir desde el punto de vista externo que en una cierta comunidad existe, por ejemplo, una norma según la cual los coches deben detenerse cuando la luz del semáforo se pone roja, equivale a decir que en dicha comunidad las personas en general se detienen cuando la luz se pone roja,

⁶⁴ Véase COLEMAN, 2001: 127-128, para la interesante distinción entre la regla de reconocimiento como regla de validación (sentido semántico o metafísico) y como regla de identificación (sentido epistémico). Una presentación anterior y ligeramente distinta de esta distinción está en COLEMAN, 1996: 291-293.

creen que así deben hacerlo, muestran cierta disposición a criticar a quienes no lo hacen, etc. Desde el punto de vista interno, en cambio, decir que esa norma existe equivale a decir que el derecho, siendo las demás cosas iguales⁶⁵, establece el deber de detenerse cuando el semáforo se pone en rojo, lo cual supone que se ha evaluado la acción de conducir con la norma en cuestión, para concluirse que en las esquinas con semáforo en rojo hay que detenerse, *i.e.*, que se acepta dicha norma.

Dicho de otro modo, desde el punto de vista interno se dice y hace siempre algo más que *meramente declarar la existencia* de una norma.

Ahora bien, ¿cómo se combinan la admisión de que la existencia de un sistema y de una norma en particular dependan sólo de hechos sociales, con la cuestión de que no pueda afirmarse que no existe derecho establecido para una determinada cuestión si no se pueden verificar acuerdos a su respecto?

El primer elemento de la respuesta a esta pregunta consiste en señalar que el acaecimiento de ciertos hechos sociales puede ser entendido como condición necesaria, aunque no suficiente, para la corrección *genérica* de los enunciados jurídicos internos, mas no para la de cada enunciado jurídico interno, individualmente considerado. Esto desde luego requiere explicación.

Por una parte, está la cuestión de cuáles son los hechos sociales relevantes. Estos son, básicamente, la sanción de la o las normas que sean objeto del enunciado de acuerdo a las formas establecidas; la eficacia general del sistema (es decir, la observancia general de las normas jurídicas por parte de funcionarios y ciudadanos de la comunidad⁶⁶); y en última instancia la convergencia y aceptación, al menos de buena parte de los funcionarios encargados de la aplicación del derecho, en torno a los criterios últimos de validez jurídica del sistema.

Por otra parte, está la distinción entre el conjunto genérico de los enunciados jurídicos internos y todo enunciado jurídico interno individualmente considerado. Al trazar esta distinción pretendo sencillamente señalar que aunque parece que no necesariamente es el caso que *cada* enunciado jurídico interno «feliz» ha de contar, para serlo, con el acaecimiento (o al menos vigencia, actualidad) de aquellos hechos

⁶⁵ Con esta cláusula quiero simplemente dejar a salvo la posibilidad de que el propio derecho establezca excepciones a través de otras normas, o que contenga en este punto una antinomia, etc.

⁶⁶ Creo que esta formulación es bastante para mis actuales propósitos, pero es cierto que la noción de eficacia podría ser ulteriormente especificada. Véase NAVARRO, 1990: 16.

sociales⁶⁷, es en cambio (conceptualmente) imposible que los enunciados jurídicos internos dentro de una comunidad carezcan de dicho «respaldo empírico» —por llamarlo de algún modo— de manera mayoritaria, continuada y sistemática. De ser ese respaldo globalmente inexistente, simplemente no habrá derecho, y por ende no habrá posibilidad de formular enunciados jurídicos⁶⁸.

Un segundo elemento para responder a la pregunta planteada pasa por recordar la idea de que los hechos sociales mencionados como relevantes no necesariamente deben darse en la forma de acuerdos teorizados que incluyan especificaciones de los contenidos y aplicaciones puntuales de reglas concretas. Como señalé en sendas oportunidades en los capítulos II y III, la idea de *convenciones-sin-acuerdo* o —lo que es lo mismo— de un *convencionalismo profundo*, parece que permite dar sentido a esta necesidad genérica de un trasfondo empírico de hechos sociales sin reducirlos a la clase de convenios explícitos recién mentada. Y en particular permite dar cabida a los desacuerdos jurídicos fundamentales, donde la discusión es acerca de criterios últimos de validez jurídica, como desacuerdos en los que tal vez al menos alguna de las partes considere que hay un trasfondo de criterios compartidos a ser develado⁶⁹.

Finalmente, vale recordar que esta idea es particularmente familiar al enfoque positivista propuesto por Hart, quien a su vez previó cómo este enfoque es compatible incluso con cierto grado de expansión paulatina del fenómeno del desacuerdo fundamental y de una consecuente recesión del respaldo empírico normal, en su análisis de los dos factores que como es conocido llamó «incertidumbre de la regla de reconocimiento»⁷⁰ y situación de «patología de un sistema jurídico»⁷¹.

De todo esto se sigue entonces que hay espacio conceptual para la (pre)existencia de elementos jurídico-normativos que no pueden ser relevados de

⁶⁷ Recuérdese HART, 1961/1963: 129-130. En este punto, por las dudas, vale la pena recalcar que de manera intuitiva me refiero a los enunciados jurídicos internos que *son y serán considerados* «felices» dentro de una comunidad.

⁶⁸ Como es obvio, se trata esta de una nueva referencia a cómo la existencia del derecho requiere de «piezas intocables», entendido esto no necesariamente en el sentido de piezas específicas sobre las que no pueda haber discusión, pero sí sobre la circunscripción de los desacuerdos a un trasfondo o marco de acuerdos o de no-desacuerdo cuando de la perspectiva diacrónica se trata.

⁶⁹ Aquí es pertinente puntualizar que tampoco es el caso que *cada* parte en *cada* desacuerdo de este tipo deba perseguir este objetivo ni asumir que de hecho hay algún trasfondo de criterios compartidos.

⁷⁰ HART, 1961/1963: 183-191.

⁷¹ HART, 1961/1963: 146-153.

manera puramente empírica, desde una perspectiva teórica, sino que sólo pueden ser descubiertos a partir de la realización de un razonamiento de carácter propiamente normativo.

2.3. La «tesis de la asimetría»

De todo el análisis precedente surge que hay una diferencia central entre las perspectivas interna y externa a la hora de conocer el derecho. En la medida en que el discurso jurídico interno es normativo, puede incluir la pretensión de que haya criterios normativos de corrección. A su vez, tales criterios pueden eventualmente dar por correcta una postura determinada en un desacuerdo jurídico fundamental, *i.e.*, acerca de algún criterio último de validez jurídica para el cual no se cuenta puntualmente con un respaldo empírico efectivo rastreable de manera observable, puramente pragmática, y desde un punto de vista externo. Ello conlleva que la falta de ese respaldo empírico no equivale necesariamente a la inexistencia de derecho preestablecido⁷².

En este sentido, no sólo hay una diferencia entre lo que se dice y hace con ese decir al formular enunciados internos y lo que se dice y hace con ese decir al formular enunciados externos, sino que hay una genuina diferencia en lo que del derecho se puede conocer según se asuma una u otra perspectiva. Y este sentido se suma a aquel otro de acuerdo con el cual —tal como vimos en la discusión con el escepticismo

⁷² No por nada el convencionalismo profundo desarrollado por Bayón alude a una estrategia epistemológica para el develamiento del trasfondo de criterios compartidos que representa, sin dudas, una forma de razonamiento normativo, que no puede ser asimilado a la mera indagación empírica. Véase la sección VI.5.2 del capítulo anterior. Para abonar la idea de que no puede tratarse de una forma de razonamiento asimilable a la indagación empírica, sino de carácter propiamente normativo, véase RAWLS, 1951/1999: 61; y RAWLS, 1980/1999: 251-252. En efecto, el propio Bayón observa que se trata de una forma de razonamiento análoga a la del «equilibrio reflexivo» que Rawls famosamente promueve para nada más ni nada menos que la obtención y desarrollo del conocimiento moral. Para una interesante elaboración, en esta línea, de la noción de «equilibrio reflexivo», véase NINO, 1984/1989: 105 ss. y NINO, 1988. Acaso podría replicarse a esto que Rawls introduce la noción basado en el trabajo de Nelson Goodman sobre la inducción y que aclara explícitamente que se trata de un procedimiento que no es «exclusivo de la filosofía moral» (RAWLS, 1971/1999: 18, n. 7). Como rápido esbozo de respuesta, yo indicaría 1) que Goodman se refería al fundamento mismo de la inducción como forma de obtención de conocimiento, es decir, a caracterizar apropiadamente qué es la inducción y para ello a la cuestión normativa de cómo establecer una base aceptable de lo que tener por herramienta genuinamente cognitiva (véase PUTNAM, 1983: vii-ix), y 2) que esto ha sido en efecto llevado bien lejos por Goodman, quien no por nada se ha autodefinido, de manera notoria, como un «irrealista» en el sentido de defender la idea de que (dicho de manera muy burda) nuestras propias concepciones del mundo de hecho hacen al mundo: nosotros *fabricamos* los hechos que tenemos enfrente y a nuestro alrededor. Véase GOODMAN, 1955/1983: cap. 3 y GOODMAN, 1978: ix-x y cap. 6.

interpretativo—, cuando finalmente restan dos o más interpretaciones-*productio* igualmente admisibles, es función del participante, de quien adopta el punto de vista interno, elegir una de las posibles por sobre otras, especificando con ello el derecho, al menos para el caso particular. Si bien este segundo sentido puede (como quiere Guastini) no tratarse de un genuino acto cognoscitivo, una vez más hay que recalcar que los participantes de la práctica pueden pretender sostener criterios de corrección normativa también a este respecto, como complemento de las pautas de corrección estrictamente lingüística que competen por definición a la actividad interpretativa.

Y desde el punto de vista teórico no puede sino hacerse lugar a estas diversas posibilidades de que los participantes cuenten con criterios normativos adicionales. Rechazar esa *posibilidad* supone pasar desde la perspectiva externa a una interna (y por añadidura, «doblemente normativa», por así decirlo, en la medida en que se tratará de una postura eminentemente abocada a la reforma sustancial de la práctica jurídica, y no al conocimiento de sus elementos).

Denomino *tesis de la asimetría* a esta diferencia central entre los puntos de vista interno y externo en torno al conocimiento del derecho⁷³.

3. Dos aclaraciones finales

Vale la pena cerrar esta sección con dos aclaraciones. En primer lugar, he de destacar que, aunque no lo he hecho, es claro que puede ulteriormente distinguirse entre varios niveles de metadiscurso en relación con el discurso jurídico de primer orden. Tradicionalmente se ha intentado diferenciar entre varios, a los que se ha

⁷³ Todo este punto está en sintonía con lo que sostiene Nino acerca de una pluralidad de conceptos de DERECHO. No hace falta entrar aquí en el análisis y eventual discusión de los múltiples conceptos que él especifica y analiza; basta con afirmar que hay *al menos* dos distintos, uno correspondiente al punto de vista interno y otro al punto de vista externo, y enfatizar que, por razones precisamente conceptuales, esta diversidad no podría sino ser el caso. Véase NINO, 1994: 30-42; NINO, 1985: caps. 8-9. La gran diferencia a su respecto es que él endilga al propio Hart y a todo el positivismo jurídico en su estela el esencialismo conceptual de acuerdo con el cual habría sólo un concepto de derecho a ser desentrañado. Yo en cambio he insistido en que la herramienta central para llegar a la conclusión sobre la pluralidad es la provista por el propio Hart y en que, en la medida en que este último trata sobre *el* concepto de derecho, es porque se está refiriendo al concepto de derecho desde la perspectiva del teórico, pues es eso lo que intenta hacer: teoría del derecho. Otra cuestión, distinta, es que también dentro de esta misma perspectiva valga la pena trazar distinciones entre diversos conceptos, como Nino intenta hacer. Pero en cambio su objeción a Hart consiste en que éste en última instancia no distinguiría siquiera entre un concepto del teórico y uno del participante (NINO, 1994: 33; NINO, 1985: 177-181). Esto ha de ser rechazado. Una cuestión ulterior, también independiente, es la de cuántos y quiénes de los positivistas en la estela de Hart han sostenido en efecto una concepción unitaria.

rotulado con términos familiares como «teoría del derecho», «dogmática jurídica», «jurisprudencia», «ciencia jurídica», etc., en caracterizaciones en sí mismas de lo más variadas⁷⁴. Esta tarea es sin duda importante, pero encararla implicaría aquí una bifurcación temática demasiado grande, más allá del seguramente amplio espacio que demandaría.

En segundo lugar, y en relación con lo anterior, debo aclarar que de ningún modo pretendo que la labor teórica sobre el derecho en el sentido que aquí he tratado de redelinear, bajo el énfasis en la distinción entre tipos de puntos de vista y enunciados, sea la única (ni siquiera la más importante) que valga la pena realizar. De hecho, aunque tampoco he explorado el detalle de las consecuencias que se siguen de mi análisis, es fácil ver que el rol que puede cumplir una teoría del derecho concebida como analítico-descriptiva, valorativamente neutral, caracterizada —como he pretendido hacer— por el uso de un metalenguaje externo, es más bien modesto. Sólo por hacer algunas menciones: la teoría así entendida no puede adjudicar directamente sobre la corrección de las posiciones en pugna en desacuerdos jurídicos concretos; no puede describir exhaustivamente derechos y deberes jurídicos; no puede pronunciarse sobre el acierto de la aplicación judicial de las normas. Y el «puede» en cuestión no es sino de carácter *conceptual*.

Es evidente que lo que podemos denominar —de un modo intuitivo y deliberadamente borroso— la «academia jurídica», realiza cotidianamente estas y tantas otras actividades más, que de acuerdo a mi análisis serían ejercicios de la perspectiva del participante: de quien asume el punto de vista interno y formula enunciados correlativamente internos. Probablemente incluso se trate de lo que de manera mayoritaria hace. Y personalmente creo que constituye un conjunto de tareas socialmente relevante. Mi único interés ha sido el de proveer algo más a la caracterización de sólo una de las tareas que esta borrosa «academia jurídica» hace y puede hacer. En relación con la primera aclaración también vale destacar que muchos de los rótulos mencionados probablemente encuentren fácil adecuación en caracterizaciones de actividades normativas como a las que ahora he aludido, más que como metadiscursos en el sentido trabajado en esta sección.

⁷⁴ NINO, 1979/1993: 9.

V COLOFÓN

Aunque en función de todo lo hasta aquí visto hay muy poco de sorprendente en la que he llamado *tesis de la asimetría*, tal vez valga la pena recalcar que, a pesar de que la asimetría en el conocimiento del derecho es relativa a todo el espectro de éste (dadas las diferencias de base entre los puntos de vista adoptables a su respecto), en el campo de los desacuerdos fundamentales se la puede apreciar con especial magnitud e intensidad. Si toda discusión acerca del derecho entre participantes está, por ilustrarlo de alguna manera, enmarcada en sus cuatro flancos por hechos sociales que hacen al derecho mismo y que son apreciables desde el punto de vista teórico, los desacuerdos jurídicos fundamentales tienen en cambio la peculiaridad —siguiendo con la ilustración y tomando al efecto la imagen leiteriana— de carecer del tramo de marco correspondiente al flanco superior: la punta de la pirámide jurídica es el límite superior de la pirámide misma. Pero si esta metáfora ilustrativa supone ubicar a los desacuerdos jurídicos fundamentales en la punta de la pirámide del derecho, debemos tener presente que es precisamente allí, todavía *en* la pirámide, donde se ubican. Y no —como acaso inadvertidamente hace Leiter— fuera, por encima de ella, como si con tales desacuerdos se despegara del derecho hacia un espacio incógnito.

Explicitado todo este equipamiento conceptual, con las enmiendas y sofisticaciones introducidas, creo que podemos concluir que el intento dworkineano, basado en el fenómeno del desacuerdo jurídico fundamental, de demoler la perspectiva positivista acerca del derecho, finalmente fracasa. Más allá de la gran virtud que ha tenido de, precisamente, promover y estimular su nuevo examen y consiguiente enmienda y sofisticación. Por supuesto, lo que se ha hecho en este sentido por parte de la teoría del derecho positivista a partir de este ataque de Dworkin en particular y de sus demás argumentos anti-positivistas en general⁷⁵, es

⁷⁵ A la par, desde luego, de otros tantos importantes cuestionamientos por parte de muchos otros autores.

mucho más que lo que se ha presentado y ofrecido en este trabajo, y es todavía más lo que resta por hacer⁷⁶. Como dicen Navarro y Bouvier:

Los problemas filosóficos se resisten a desaparecer. Una y otra vez, los mismos temas ocupan el centro del debate académico. Las soluciones que en ciertos momentos han obtenido consenso son desafiadas por nuevos enfoques y estrategias de análisis. A esta dinámica se debe, en gran medida, la vitalidad del trabajo filosófico, pero también genera una suerte de pesimismo acerca de las posibilidades de progreso en esta disciplina. Más aún, en ocasiones, algunos problemas simplemente desaparecen del horizonte de intereses académicos sin haber recibido una respuesta satisfactoria.⁷⁷

Espero que el presente trabajo contribuya a que el problema teórico de hacer inteligible el desacuerdo jurídico fundamental no sea de los que quede sin recibir una respuesta —aún si temporalmente— satisfactoria. Lejos está siquiera de pretender resolverlo por completo. Pero un análisis de cómo establecer hasta qué punto es un genuino problema, de qué marcos teóricos se muestran apropiados para encararlo, y el ofrecimiento de los lineamientos generales de una explicación positiva, constituyen —confío— una (aún si modesta) contribución.

⁷⁶ Además de otros puntos que he ido mencionando en el recorrido, y sólo en relación con algunos de los puntos explícitamente tocados en este trabajo, puede mencionarse que resta por desarrollar, entre otros, un adecuado análisis de la posibilidad conceptual de los «enunciados jurídicos no comprometidos» y su eventual inserción en un discurso con auténticas pretensiones teóricas y el carácter correspondiente (la postura de Toh reseñada en el capítulo anterior, por ejemplo, me parece seriamente cuestionable). Asimismo, mucho puede elaborarse sobre las implicancias que podrían tener diversas construcciones teórico-normativas acerca de la (¿posible, cierta, imposible?) «genuina normatividad» del derecho sobre el concreto contenido de significado de los enunciados jurídicos, tanto internos como externos. Desde el punto de vista metodológico, resultará vital la concretización del modo y grado en que es teóricamente plausible atribuir compromisos varios, estados mentales, etc., a los participantes del derecho. Estos son sólo algunos de los temas directamente vinculados con lo trabajado aquí, y el análisis detallado de cada uno de ellos sin dudas representaría, apenas como mínimo, un volumen como el del presente.

⁷⁷ BOUVIER & NAVARRO, 2005: 195.

RESUMEN CONCLUSIVO

De manera esquemática, los resultados del presente trabajo pueden presentarse por medio de las proposiciones que siguen.

- Ronald Dworkin presenta un importante desafío a la teoría positivista del derecho en la potente, sofisticada y popular versión que el diera H. L. A. Hart. El desafío consiste en que el positivismo jurídico sería incapaz de dar cuenta del destacado y recurrente fenómeno de los desacuerdos en el derecho, por cuanto para la visión positivista el derecho estaría fundado en un conjunto de acuerdos sociales.
- El «argumento de los desacuerdos» dworkineano tiene asimismo una importancia central para comprender en su conjunto la teoría del derecho desarrollada alternativa y propositivamente por el propio Dworkin, y bien puede decirse que la suya es una teoría que concibe al derecho, fundamentalmente, como una arena de desacuerdos (en última instancia políticos y morales). El desacuerdo es el elemento clave de la práctica jurídica cuando se la concibe como una de tipo fundamentalmente interpretativo, tal como Dworkin propone, y figura también de manera central en la tarea de dar con el que según Dworkin sería el valor paradigmático de la praxis jurídica: la integridad.
- Muchos autores, en particular enrolados en la corriente iuspositivista, han ofrecido respuestas al desafío de Dworkin. Se ha trabajado centralmente sobre tres respuestas, utilizando en el análisis de ellas varios otros aportes al debate acerca de la adecuada explicación teórica del desacuerdo jurídico. Tales respuestas analizadas en detalle son las de Giovanni Ratti, Brian Leiter y Kevin Toh.
- En todos los casos se ha realizado un examen crítico que ha implicado el rechazo de algunos de los elementos de estas respuestas, pero de todos se han extraído, asimismo, enseñanzas con las que proveer a un más amplio y sofisticado tratamiento del fenómeno de los desacuerdos en el derecho.

- Ratti ha puesto de relieve una ambigüedad de base en el desafío de Dworkin al positivismo, para con ello mostrar que éste trata de manera homogénea desacuerdos de tipos distintos que, como tales, ameritan explicaciones también distintas. Para ello ofrece una reclasificación de los desacuerdos en el derecho, intentando así mostrar que el positivismo jurídico puede dar cuenta de los diversos tipos y que aquellos que lo podrían minar no son tan campantes, según Dworkin pretendiera, como para en efecto hacerlo.
- El análisis crítico me ha llevado a mostrar que hay al menos un sentido en el que los diversos tipos de desacuerdo señalados por Ratti caen en las consideraciones originales hechas por Dworkin al presentar su reto, y que la taxonomía alternativa rattiana presenta dificultades que, de nuevo, permiten reconducir sus diferentes tipos de desacuerdo a lo que Dworkin previera. De este modo, concluyo que sus dos grandes elementos de respuesta se ven, en definitiva, infructuosamente desarrollados. Sin embargo, en mi análisis intento rescatar ambas aristas, especificando ulteriormente la ambigüedad en el planteo de Dworkin, y ofreciendo una reclasificación alternativa de tipos de desacuerdo jurídico que no adolezca de los problemas detectados en la propuesta rattiana.
- El trabajo de Leiter ofrece sobre todo una serie de consideraciones de tipo empírico, orientadas a mostrar que el fenómeno del desacuerdo que hace al desafío de Dworkin no es en absoluto distintivo de la práctica jurídica, y que por ende carece de virtualidad para derribar a una teoría del derecho como la positivista, preocupada por dar con los rasgos sobresalientes y más característicos de la práctica jurídica, tarea en la que sería ampliamente exitosa.
- El análisis crítico me ha llevado a encontrar varios problemas en la propuesta de Leiter, entre los que destaca el hecho de que el tipo de indicador empírico que presenta para concluir que —no el desacuerdo sino— el acuerdo es el rasgo distintivo del derecho, es manifiestamente insuficiente. Sin embargo, también aquí procuro rescatar la *intentio* central de su respuesta, sosteniendo que su aporte sí alcanza para mostrar lo que he denominado una amplia zona de «no-desacuerdo» en el funcionamiento ordinario del derecho. He intentado

mostrar cómo ese amplio margen de no-desacuerdo es todo lo que el positivismo jurídico necesita para sostener su plausibilidad teórica, y lo he hecho fundamentalmente asociándolo con una importante versión del convencionalismo iusfilosófico trabajada en la literatura contemporánea: el así llamado «convencionalismo profundo» o de «convenciones-sin-acuerdo».

- Finalmente he presentado *in extenso* el enfoque propuesto por Kevin Toh, quien intenta mostrar que el embate de Dworkin a la teoría del derecho hartiana fracasa, al reconstruirla inadecuadamente. El factor central a rescatar del trabajo original de Hart, de la mano del enfoque de Toh, es la distinción entre discursos de participantes y observadores de la práctica jurídica, manifiesto a través del análisis de tipos de enunciados distintos, correlativos a ambas categorías: los enunciados jurídicos internos y externos.
- Aunque he ofrecido argumentos para rechazar prácticamente todos los elementos de la parte específicamente propositiva de la respuesta de Toh, he rescatado su análisis de la distinción hartiana entre ambos tipos de enunciado y su reconstrucción del desafío de Dworkin, que con ello suma un nuevo problema, a saber, el de ignorar esta distinción capital en la obra de Hart.
- Así, en el último capítulo he intentado ofrecer un avance en la discusión iusfilosófica acerca del fenómeno del desacuerdo en el derecho en dos grandes «frentes».
- Por un lado, he procurado reunir lo que creo son cuatro vicios de origen en el desafío mismo de Dworkin al positivismo jurídico. Estos son: 1) El *teóricamente externo*, dado por la inadecuada reconstrucción del positivismo de Hart; 2) el *teóricamente interno*, dado por la equivocada asociación de tipos distintos de desacuerdos jurídicos, que deben en propiedad ser explicados de modos distintos; 3) el *empíricamente externo*, consistente en su inadecuada justificación de que la práctica jurídica esté de hecho signada por el desacuerdo; y 4) el *empíricamente interno*, dado por el hecho de que Dworkin presupone sin mostrar que las prácticas interpretativas en el derecho funcionan de un modo consistente, tal que los desacuerdos en una cierta instancia (judicial) estarían como tales presentes en cualquier ámbito en el que puedan desarrollarse controversias jurídicas.

- Por otro lado, he intentado ofrecer, siguiendo la propuesta de Ratti, una reclasificación de tipos de desacuerdo en el derecho, enfatizando particularmente la perspectiva interna o externa (de participante o de observador) a través de las cuales pueden ser desarrollados. Así, he distinguido entre 1) desacuerdos de reconocimiento; 2) desacuerdos metainterpretativos; 3) desacuerdos de existencia normativa y 4) desacuerdos puramente valorativos.
- El tipo de desacuerdo más importante para mi objeto de estudio es el (1), el de los desacuerdos de reconocimiento, en la medida en que su manifestación continua y sistemática podría poner en crisis la adecuación teórica del positivismo jurídico, pero he ofrecido consideraciones para mostrar a) que este no es el caso (el argumento ya mentado del no-desacuerdo, una versión revisada del argumento de unas «piezas intocables» del derecho), b) que en principio son consistentes con el positivismo jurídico basado en la distinción entre enunciados jurídicos internos y externos, c) que éste de hecho ya ofrecía de antemano una explicación positiva de ellos y d) que se presentan en el particularmente reducido espacio —tanto desde un punto de vista empírico como de uno conceptual— del ámbito de los criterios *últimos* de validez jurídica; de ahí que he insistido en su carácter de desacuerdos *fundamentales*.
- Como necesario complemento a ello, he profundizado algo más sobre las diferencias entre el discurso de participantes y observadores, ubicando al discurso iusteórico en el ámbito de estos últimos. De ello se siguen cuestiones, como a) el carácter conceptual-descriptivo que corresponde al discurso teórico; b) la consiguiente imposibilidad (conceptual) de decidir sobre los desacuerdos entre participantes.
- No obstante, he intentado mostrar también cómo ambos tipos de discurso mantienen una relación de retroalimentación y ajuste recíproco, en particular enfatizando el modo en el que el discurso teórico puede restringir o limitar el de los participantes. Para ello he usado como ejemplo una discusión con y sobre el escepticismo interpretativo en el derecho.
- De manera marginal y algo más dispersa, en este trabajo he ofrecido también algunas precisiones acerca de 1) la noción de participante del derecho; 2) la

noción de razón jurídica; 3) cuestiones metodológicas varias, como, *e.g.*, el principio epistemológico de intentar la mayor preservación posible del «valor superficial» del lenguaje de primer orden en el estudio de prácticas sociales (como es el caso del derecho), la coherencia del escepticismo interpretativo con la noción de *conocimiento*, el carácter y forma del análisis conceptual, y la viabilidad de la atribución de creencias y actitudes a los participantes en el derecho por parte de la teoría.

CONCLUDING REMARKS

Schematically, the conclusions of the preceding work can be presented in the following propositions:

- Ronald Dworkin raises an important challenge to the positivist theory of law in the powerful, sophisticated and popular form given to it by H. L. A. Hart. The challenge amounts to the contention that legal positivism is incapable of accounting for the distinctive and recurring phenomenon of disagreements in law, since the positivistic view would depict the legal practice as grounded on a set of social agreements.
- The Dworkinian «argument from disagreements» is also of major importance to fully understand the theory of law alternatively developed by Dworkin himself, and it can plausibly be said that his is a theory that conceives the law, fundamentally, as an arena of disagreements (ultimately political and moral). Disagreement is the key element of legal practice when considered as of a fundamentally interpretive kind, as Dworkin proposes, and is also an element which predominantly takes a part in the task of locating what Dworkin claims is the characteristic value of the legal practice: integrity.
- Many authors, particularly belonging to the positivist tradition, have offered replies to Dworkin's challenge. Three replies have centrally been considered here, using in their analysis many other proposals taking part on the debate about how best to theoretically account for legal disagreements. Such deeply scrutinized replies are Giovanni Ratti's, Brian Leiter's and Kevin Toh's.
- In all three cases the critical examination has led me to reject some of the elements constituting them. However, lessons from all have also been drawn, so as to build with them a more thorough and sophisticated treatment of the phenomenon of legal disagreements.
- Ratti has highlighted a fundamental ambiguity in Dworkin's original challenge to positivism, to thus show how Dworkin treats homogeneously disagreements of different kinds which, as such, merit also different explanations. Ratti thus offers a re-classification of legal disagreements, trying to show with it that legal

positivism can account for those different kinds of disagreements and that those which could actually compromise it are in fact not as pervasive as Dworkin would have it.

- The critical analysis has led me to show that there is at least one sense in which the different kinds of disagreement pointed out by Ratti do actually fall under Dworkin's considerations as set forth in his original challenge, and that Ratti's alternative taxonomy carries some difficulties which, again, allow us to redirect his different kinds of disagreement to the picture formerly presented by Dworkin. Therefore, I conclude that the two main elements of Ratti's reply are ultimately under-developed. Nevertheless, I try to take a hold of both of them, subsequently specifying further the ambiguity in Dworkin's challenge and offering an alternative re-classification of types of legal disagreement unspoiled by the problems surveyed in Ratti's proposal.
- Leiter's work mostly provides of a series of empirical considerations, aiming to show that the phenomenon of legal disagreement constituting Dworkin's challenge is not at all distinctive of the legal practice, and that consequently lacks the potential of undermining a theory of law such as legal positivism, which is concerned with identifying the most prominent and characteristic features of the legal practice. In this enterprise positivism would remain to be widely successful.
- The examination has led me to find several problems in Leiter's proposal, among which stands out the fact that the kind of empirical indicator used by Leiter to conclude that it is not disagreement, but agreement, the distinctive feature of law, is severely insufficient. However, here also I strive to retain the *intentio* of his reply, arguing that his contribution does suffice to show there is what I call a wide area of «non-disagreement» in the ordinary workings of the law. I have tried to show how that wide margin of non-disagreement is all legal positivism needs to preserve its theoretical plausibility, and I have done so basically linking it with an important version of legal conventionalism as developed in contemporary literature: the so called «deep conventionalism», or «conventions-without-agreement».

- I have finally discussed *in extenso* the approach proposed by Kevin Toh, who seeks to show that Dworkin's attack on Hartian legal positivism fails since Dworkin reconstructs the latter inadequately. The central tenet to draw from Hart's original work is, by Toh's lights, the distinction between the discourses of participants and observers of the legal practice, manifested through the analysis of different kinds of statements, correlative to both categories: internal and external legal statements.
- Although I have advanced arguments to reject almost every element of Toh's specifically positive proposal, I have kept his analysis of the Hartian distinction between both types of statements and his reconstruction of Dworkin's challenge, which with that faces a new problem: that of ignoring this crucial distinction in Hart's work.
- Thus, in the last chapter I have tried to make some progress in the philosophical discussion about legal disagreement on two main «fronts».
- On the one hand, I have intended to underline what I take to be four vices striking Dworkin's challenge from its very origin. These are: 1) a theoretically external one, constituted by the mistaken reconstruction of Hart's legal positivism; 2) a theoretically internal one, constituted by the inadequately homogeneous treatment of different types of legal disagreement, which should receive correspondingly different philosophical explanations; 3) an empirically external one, given by Dworkin's insufficient justification for his claim that the legal practice is in fact characterized by pervasive disagreements; 4) an empirically internal one, in the fact that Dworkin presupposes without showing that interpretive legal practices work in a consistent way, such that disagreements in a certain (judicial) area would also be present in any other level in which legal controversies may come up.
- On the other hand, following Ratti's proposal I have tried to offer a re-classification of types of disagreement in law, particularly emphasizing the internal or external perspective (that of a participant or that of an observer) by means of which they can take place. Thus I have distinguished between 1) recognitional disagreements; 2) meta-interpretive disagreements; 3) norm-existence disagreements and 4) purely evaluative disagreements.

- The most important kind of disagreement for our subject matter is (1), recognitional disagreements, since the continuous and systematic manifestation of this kind of disagreement could jeopardize positivism's theoretical plausibility. But I have advanced several considerations to show a) that that continuity is not the case (the argument from non-disagreement and the revised argument of the untouchable pieces of the law); b) that disagreements of this kind are in principle consistent with a version of legal positivism based on the distinction between internal and external legal statements; c) that this form of positivism had already offered a positive explanation of such disagreements; and d) that these show up in the particularly reduced area, both empirically and conceptually, of the ultimate criteria of legal validity. I have therefore insisted in the *fundamental* character of these disagreements.
- As a necessary complement to it, I have gone further into the differences between participants' and observers' discourses, locating the discourse of jurisprudence within the latter. Several features follow from this move, such as a) the conceptual-descriptive (and non-normative) character corresponding to theoretical language; and b) the subsequent (conceptual) impossibility of adjudicating among disagreeing legal participants.
- However, I have also tried to show how both kinds of discourse have a relation of feedback and reciprocal adjustment, particularly emphasizing the way in which theoretical discourse can constrain or limit the participants' discourse. I have used a critical discussion of legal-interpretive skepticism as an example of this.
- Tangentially and in a somewhat more untidy manner, I have also offered a few further precisions about 1) the notion of a legal participant; 2) the notion of a legal reason; 3) several methodological issues such as a) the epistemological principle of maximum preservation of the «face value» of first-order language in the study of social practices (as the law); b) the consistency between interpretive skepticism and the notion of *knowledge*, c) the form and character of conceptual analysis; d) the feasibility of belief and attitude ascriptions to the participants of a practice, from a theoretical stance.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. - 1982/2007: *Sofistas. Obras*, tr. A. Melero Bellido, Gredos.
- AARNIO, Aulis - 2011: *Essays on the Doctrinal Study of Law*, Springer.
- ADLER, Matthew & HIMMA, Kenneth (eds.) - 2009: *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*, Oxford University Press.
- AGUILÓ REGLA, Josep - 2000: *Teoría general de las fuentes del derecho (y del ordenamiento jurídico)*, Ariel.
- ALBALADEJO, Manuel - 2009: *Derecho Civil. I – Introducción y Parte General*, 18° ed. actualizada por S. Díaz Alabart, Edisofer [No consta fecha de la edición original].
- ALCHOURRÓN, Carlos & BULYGIN, Eugenio - 1975: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea.
- 1979/2011: *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, 3° ed., Fontamara.
- 1981/1991: «La concepción expresiva de las normas», en Id., *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales.
- 1983/1991: «Definiciones y normas», en Id., *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales.
- 1991: *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales.
- ALEXY, Robert - 1978/2008: *Teoría de la argumentación jurídica*, 2° ed., tr. M. Atienza & I. Espejo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- 1986/1993: *Teoría de los derechos fundamentales*, tr. E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales.
- 1992/2002: *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*, tr. S. Paulson & B. Litschewski Paulson, Oxford Clarendon Press.
- 1999: «La tesis del caso especial», tr. I. Lifante, *Isegoría*, n° 21.
- 2012: «¿Entre positivismo y no positivismo? Tercera réplica a Eugenio Bulygin», tr. M. J. Viana & C. Bernal Pulido, en FERRER BELTRÁN, J., MORESO, J. J. & PAPAYANNIS, D. (eds.), *Neutralidad y teoría del derecho*, Marcial Pons.
- AMORETTI, M. Cristina & VIGNOLO, Massimiliano (eds.) - 2012: *Disaccordo*, Annuario della Società Italiana di Filosofia Analitica (SIFA) 2012, Mimesis.

- ANSCOMBE, Gertrude E. M. - 1957/1963: *Intention*, 2º ed., Harvard University Press.
- ARENA, Federico - 2012: «Desacuerdos ambiguos, convenciones equívocas», en LUQUE SÁNCHEZ, P. & RATTI, G. (eds.), *Acordes y desacuerdos. Cómo y por qué los juristas discrepan*, Marcial Pons.
- 2014: *El convencionalismo jurídico. Un recorrido analítico*, Marcial Pons.
- 2016: «Convenciones e interpretación constitucional», en RAMÍREZ LUDEÑA, L. & VILAJOSANA, J. M. (eds.), *Convencionalismo y derecho*, Marcial Pons.
- ATIENZA, Manuel - 2004: «Entrevista a Riccardo Guastini», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 27.
- ATIENZA, Manuel & RUIZ MANERO, Juan - 1991: «Sobre principios y reglas», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 10.
- 1996/2004: *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2º ed., Ariel.
- AUSTIN, John - 1832/1995: *The Province of Jurisprudence Determined*, W. Rumble (ed.), Cambridge University Press.
- AUSTIN, John L. - 1952/1970: «How to Talk –Some Simple Ways», en Id., *Philosophical Papers*, 2º ed., Urmson, J. & G. Warnock (eds.), Oxford Clarendon Press.
- AYER, Alfred - 1936/1971: *Language, Truth and Logic*, 2º ed., Penguin Books.
- BANAS, Pawel, DYRDA, Adam & GIZBERT-STUDNICKI, Tomasz (eds.) - 2016: *Metaphilosophy of Law*, Hart Publishing.
- BAUM LEVENBOOK, Barbara - 2015: «Dworkin's Theoretical Disagreement Argument», *Philosophy Compass*, vol. 10, nº 1.
- BAYÓN, Juan C. - 2002: «Derecho, convencionalismo y controversia», en NAVARRO, P. & REDONDO, M. C. (eds.), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Gedisa.
- BENTHAM, Jeremy - 1970: *Of Laws in General*, H. L. A. Hart (ed.), The Athlone Press.
- BESSON, Samantha - 2005: *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*, Hart Publishing.
- BIX, Brian - 2006: *Teoría del derecho: ambición y límites*, tr. P. Navarro et al, Marcial Pons.
- BLACK, Oliver - 2004: «Agreements, Undertakings, and Practical Reason», *Legal Theory*, nº 10.

BLACKBURN, Simon - 1984: *Spreading the Word. Groundings in the Philosophy of Language*, Oxford University Press.

---1985/1993: «Ethics and the Phenomenology of Value», en ID., *Essays in Quasi-Realism*, Oxford University Press.

---1992: «Wise Feelings, Apt Reading», *Ethics*, vol. 102, n° 2.

---1993: *Essays in Quasi-Realism*, Oxford University Press.

---1998: *Ruling Passions. A Theory of Practical Reasoning*, Oxford University Press.

BOBBIO, Norberto - 1950/1990: «Ciencia del derecho y análisis del lenguaje», tr. A. Ruiz Miguel, en ID., *Contribución a la teoría del derecho*, 2° ed., A. Ruiz Miguel (ed.), Debate.

---1961/1993: *El positivismo jurídico*, tr. R. de Asís & A. Greppi, Debate.

---1965/1997: *El problema del positivismo jurídico*, 5° ed. mexicana, tr. E. Garzón Valdés, Fontamara.

BOUVIER, Hernán - 2012: *Particularismo y derecho. Un abordaje pospositivista en el ámbito práctico*, Marcial Pons.

BOUVIER, Hernán, GAIDO, Paula & SÁNCHEZ BRÍGIDO, Rodrigo - 2007a: «Teoría del derecho y análisis conceptual», estudio preliminar a IDs., *Una discusión sobre teoría del derecho: Joseph Raz, Robert Alexy, Eugenio Bulygin*, Marcial Pons.

BOUVIER, Hernán, GAIDO, Paula & SÁNCHEZ BRÍGIDO, Rodrigo (eds.) - 2007b: *Una discusión sobre teoría del derecho: Joseph Raz, Robert Alexy, Eugenio Bulygin*, Marcial Pons.

BOUVIER, Hernán & NAVARRO, Pablo - 2005: «Problemas abiertos», *Discusiones*, n° 5.

BRINK, David - 1986: «Externalist Moral Realism», *The Southern Journal of Philosophy*, vol. 24, n° S-1.

---1989: *Moral Realism and the Foundations of Ethics*, Cambridge University Press.

BRENNAN, John - 1977: *The Open-Texture of Moral Concepts*, The Macmillan Press.

BULYGIN, Eugenio - 1966/1991: «Sentencia judicial y creación de derecho», en ALCHOURRÓN, C. & BULYGIN, E., *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales.

---1981/1991: «Enunciados jurídicos y positivismo: respuesta a Raz», en ALCHOURRÓN, C. & BULYGIN, E., *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales.

- 2006: *El positivismo jurídico*, Fontamara.
- 2012: «Alexy entre el positivismo y el no-positivismo», tr. P. Rapetti, en FERRER BELTRÁN, J., MORESO, J. J. & PAPAYANNIS, D. (eds.), *Neutralidad y teoría del derecho*, Marcial Pons.
- 2015: *Essays in Legal Philosophy*, Bernal, C. et al (eds.), Oxford University Press.
- BUNGE, Mario - 1969/1985: *La investigación científica*, 2º ed. correg., tr. M. Sacristán, Ariel.
- BURLEY, Justine (ed.) - 2004: *Dworkin and His Critics*, Blackwell Publishing.
- CABRERA, Isabel (ed.) - 2007: *Argumentos trascendentales*, UNAM.
- CALSAMIGLIA, Albert - 1998: «Postpositivismo», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 21-I.
- CALZETTA, Alejandro & SARDO, Alessio - 2014: «Una nueva visita a la concepción expresiva de las normas», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 37.
- CAMPBELL, Tom - 1996: *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Dartmouth.
- CANALE, Damiano & TUZET, Giovanni (eds.) - 2013: *The Planning Theory of Law. A Critical Reading*, Springer.
- CAPONE, Alessandro & POGGI, Francesca (eds.) - 2016: *Pragmatics and Law. Philosophical Perspectives*, Springer.
- CARACCILO, Ricardo - 1988: *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Centro de Estudios Constitucionales.
- 1994: *La noción de sistema en la teoría del derecho*, Fontamara.
- 1994/2009: «El argumento de la creencia moral», en ID., *El Derecho desde la Filosofía. Ensayos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- 1997/2009: «Existencia de normas», en ID., *El Derecho desde la Filosofía. Ensayos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- 2009: *El Derecho desde la Filosofía. Ensayos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- CARRIÓ, Genaro - 1965/2006: *Notas sobre derecho y lenguaje*, 5º ed., Lexis-Nexis.
- CELANO, Bruno - 2000: *Dos estudios sobre la costumbre*, tr. J. J. Moreso, Fontamara.

CHIASSONI, Pierluigi - 2007/2011: *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, tr. P. Luque Sánchez & M. Narváez Mora, Marcial Pons.

CHRISTENSEN, David & LACKEY, Jennifer (eds.) - 2013: *The Epistemology of Disagreement. New Essays*, Oxford University Press.

COHEN, Marshall (ed.) - 1983: *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Duckworth.

COLEMAN, Jules - 1982: «Negative and Positive Positivism», *The Journal of Legal Studies - University of Chicago*, vol. 11, n° 1.

---1996: «Authority and Reason», en GEORGE, R. (ed.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Oxford Clarendon Press.

---1998: «Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis», *Legal Theory*, n° 4.

---2001: *The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press.

COLEMAN, Jules & SHAPIRO, Scott (eds.) - 2002: *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press.

DARWALL, Stephen - 2006: *The Second-Person Standpoint. Morality, Respect and Accountability*, Harvard University Press.

---2013: *Morality, Authority and Law. Essays in Second-Personal Ethics I*, Oxford University Press.

DICKSON, Julie - 2001: *Evaluation and Legal Theory*, Hart Publishing.

DOLCETTI, Andrea & RATTI, Giovanni - 2012: «Los desacuerdos jurídicos y la doble naturaleza del derecho», en LUQUE SÁNCHEZ, P. & RATTI, G. (eds.), *Acordes y desacuerdos. Cómo y por qué los juristas discrepan*, Marcial Pons.

DONNELLAN, Keith - 1970: «Proper Names and Identifying Descriptions», *Synthese*, vol. 21, n° 3/4.

DUARTE D'ALMEIDA, Luís - 2011: «Legal Statements and Normative Language», *Law and Philosophy*, n° 30.

DWORKIN, Ronald - 1977/1978: *Taking Rights Seriously*, 2° ed., Harvard University Press.

---1977/1989: *Los derechos en serio*, 2° ed., tr. M. Guastavino, Ariel.

---1982/1985: «How Law Is Like Literature», en ID., *A Matter of Principle*, Oxford Clarendon Press.

---1985a: «Is There Really No Right Answer in Hard Cases?», en ID., *A Matter of Principle*, Oxford Clarendon Press.

---1985b: *A Matter of Principle*, Oxford Clarendon Press.

---1986: *Law's Empire*, Harvard Belknap Press.

---1996: «Objectivity and Truth: You'd Better Believe It», *Philosophy and Public Affairs*, vol. 25, n° 2.

---2004: «Ronald Dworkin Replies», en BURLEY, J. (ed.), *Dworkin and His Critics*, Blackwell Publishing.

---2006: *Justice in Robes*, Harvard Belknap Press.

---2006/2007: *La justicia con toga*, tr. M. Iglesias Vila & Í. Ortiz de Urbina, Marcial Pons.

---2011: *Justice for Hedgehogs*, Harvard Belknap Press.

DYRDA, Adam - 2016: «The Epistemology of Theoretical Disagreement», en BANAS, P., DYRDA, A. & GIZBERT-STUDNICKI, T. (eds.), *Metaphilosophy of Law*, Hart Publishing.

ECHAVE, Delia, GUIBOURG, Ricardo & URQUIJO, María - 1980: *Lógica, proposición y norma*, Astrea.

ENOCH, David & TOH, Kevin - 2013: «Legal as a Thick Concept», en WALUCHOW W. & SCIARAFFA, S. (eds.), *Philosophical Foundations of the Nature of Law*, Oxford University Press.

FEIGL, Herbert & SELLARS, Wilfrid (eds.) - 1949: *Readings in Philosophical Analysis*, Appleton-Century-Crofts.

FELDMAN, Richard & WARFIELD, Ted (eds.) - 2010: *Disagreement*, Oxford University Press.

FERRER BELTRÁN, Jordi - 2000: *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

---2010: «Sobre la posibilidad del error judicial y los desacuerdos irrecusables en el derecho. Once comentarios a las tesis de José Juan Moreso», en MORESO, J. J., PRIETO SANCHÍS, L. & FERRER BELTRÁN, J., *Los desacuerdos en el Derecho*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

FERRER BELTRÁN, Jordi, MORESO, José Juan & PAPAYANNIS, Diego (eds.) - 2012: *Neutralidad y teoría del derecho*, Marcial Pons.

FERRER BELTRÁN, Jordi & RATTI, Giovanni - 2013: «Theoretical Disagreements. A Restatement of Legal Positivism», en CANALE, D. & TUZET, G. (eds.), *The Planning Theory of Law. A Critical Reading*, Springer.

FIGUEROA RUBIO, Sebastián (ed.) - 2014: *Hart en la teoría del derecho contemporánea. A 50 años de El concepto de derecho*, Ediciones Universidad Diego Portales.

---2015: *Adscribir y reaccionar. Una concepción interpersonal sobre la responsabilidad*, tesis doctoral leída en la Universitat de Girona (España) el 15/07/2015.

FINNIS, John - 1977/2011: «Scepticism's Self-Refutation», en ID., *Reason in Action – Collected Essays: Volume I*, Oxford University Press.

---1980/2011: *Natural Law and Natural Rights*, 2º ed., Oxford University Press.

---1992/2011: «Legal Reasoning as Practical Reason», en ID., *Reason in Action – Collected Essays: Volume I*, Oxford University Press.

---2011: *Reason in Action – Collected Essays: Volume I*, Oxford University Press.

FRENKEL, David (ed.) - 2016: *Selected Issues in Modern Jurisprudence*, Athens Institute for Education and Research.

GALLIE, William - 1956: «Essentially Contested Concepts», *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, vol. 56.

GARCÍA-CARPINTERO, Manuel - 2010: *Las palabras, las ideas y las cosas*, Ariel.

GARCÍA-CARPINTERO, Manuel & KÖLBEL, Max (eds.) - 2008: *Relative Truth*, Oxford University Press.

GARCÍA MANRIQUE, Ricardo - 2003: «Acerca del valor moral de la seguridad jurídica», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 26.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto *et al* (eds.) - 1997: *Normative Systems in Legal and Moral Theory*. Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin, Duncker & Humboldt.

GAVISON, Ruth (ed.) - 1984: *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H. L. A. Hart*, Oxford Clarendon Press.

GEACH, Peter - 1960: «Ascriptivism», *Philosophical Review*, nº 69.

GEORGE, Robert (ed.) - 1992: *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, Oxford Clarendon Press.

---1996: (ed.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Oxford Clarendon Press.

GIBBARD, Allan - 1990: *Wise Choices, Apt Feelings. A Theory of Normative Judgment*, Harvard University Press.

---1992: «Précis of *Wise Choices, Apt Feelings*», *Philosophy and Phenomenological Research*, vol. 52, n° 4.

---2003: *Thinking How to Live*, Harvard University Press.

---2013: *Meaning and Normativity*, Oxford University Press.

GIUDICE, Michael, DEL MAR, Maksymilian & WALUCHOW, Wilfrid (eds.) - 2010: *The Methodology of Legal Theory*, vol. I, Ashgate.

GOLANSKI, Alani - 2016: «Why There is Widespread Nonmoral Theoretical Disagreement in Law», en FRENKEL, D. (ed.), *Selected Issues in Modern Jurisprudence*, Athens Institute for Education and Research.

GOODMAN, Nelson - 1955/1983: *Fact, Fiction, and Forecast*, 4° ed., Harvard University Press.

---1978: *Ways of Worldmaking*, Hackett Publishing.

GOWANS, Christopher (ed.) - 2000: *Moral Disagreements. Classic and Contemporary Readings*, Routledge.

GRACIA, Jorge - 1998: «Concepciones de la metafísica», en ID. (ed.), *Concepciones de la metafísica*, vol. 17 de la *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Trotta.

GREEN, Michael - 2005: «Legal Realism as Theory of Law», *William & Mary Law Review*, vol. 46, n° 6.

GREEN, Leslie & LEITER, Brian (eds.) - 2011: *Oxford Studies in Philosophy of Law*, vol. 1, Oxford University Press.

GRICE, Paul & STRAWSON, Peter - 1956/2011: «In Defence of a Dogma», en STRAWSON, P., *Philosophical Writings*, G. Strawson & M. Montague (eds.), Oxford University Press.

GUASTINI, Riccardo - 1996/1999: *Distinguiendo*, tr. J. Ferrer Beltrán, Gedisa.

---1999: *Estudios sobre la interpretación jurídica*, tr. M. Carbonell, UNAM.

---2008/2010: *Nuevos estudios sobre la interpretación*, tr. D. Moreno Cruz, Universidad Externado de Colombia.

---2010/2016: *Las fuentes del derecho. Fundamentos teóricos*, tr. C. Moreno More & L. Cárdenas Rodríguez, Raguel.

---2011/2012: «El escepticismo ante las reglas replanteado», tr. F. Arena, *Discusiones*, nº 11.

---2011/2014: *Interpretar y argumentar*, tr. S. Álvarez Medina, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

---2012a: «Réplica», tr. F. Arena, *Discusiones*, nº 11.

---2012b: «Para una taxonomía de las controversias entre juristas», tr. D. Moreno Cruz, en LUQUE SÁNCHEZ, P. & RATTI, G. (eds.), *Acordes y desacuerdos. Cómo y por qué los juristas discrepan*, Marcial Pons.

---2013/2014: *Otras distinciones*, tr. D. Dei Vecchi, P. Caballero & A. Calzetta, Universidad Externado de Colombia.

---2015: «A Realistic View on Law and Legal Cognition», *Revus*, nº 27.

GUIBOURG, Ricardo - 1986: *Derecho, sistema y realidad*, Astrea.

HARE, Richard M. - 1952: *The Language of Morals*, Oxford University Press.

---1963: *Freedom and Reason*, Oxford University Press.

---1981: *Moral Thinking. Its Levels, Method, and Point*, Oxford University Press.

HART, Herbert L. A. - 1949: «The Ascription of Responsibility and Rights», *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, vol. 49.

---1953/1983: «Definition and Theory in Jurisprudence», en ID., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press.

---1958: «Legal and Moral Obligation», en MELDEN, A. (ed.), *Essays in Moral Philosophy*, University of Washington Press.

---1959/1983: «Scandinavian Realism», en ID., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press.

---1961/1963: *El concepto de derecho*, tr. G. Carrió, Abeledo-Perrot.

---1963/1983: «Kelsen Visited», en ID., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press.

---1968/1983: «Kelsen's Doctrine of the Unity of Law», en ID., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press.

- 1968/2008: *Punishment and Responsibility*, 2° ed., Oxford University Press.
- 1982: *Essays on Bentham*, Oxford University Press.
- 1983: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press.
- 1994/2000: *Post scriptum al concepto de derecho*, tr. R. Tamayo y Salmorán, UNAM.
- HAWKING, Stephen - 1988/1996: *A Brief History of Time*, 2° ed., Bantam Books.
- HIMMA, Kenneth - 2002: «Ambiguously Stung», *Legal Theory*, n° 8.
- 2003a: «Making Sense of Constitutional Disagreement: Legal Positivism, the Bill of Rights, and the Conventional Rule of Recognition in the United States», *Journal of Law in Society*, vol. 4, n° 2.
- 2003b: «Trouble in Law's Empire: Rethinking Dworkin's Third Theory of Law», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 23, n° 3.
- 2015: «Conceptual Jurisprudence», *Revus*, n° 26.
- HOSSACK, Keith - 2007: *The Metaphysics of Knowledge*, Oxford University Press.
- HUBBS, Graham & LIND, Douglas (eds.) - 2014: *Pragmatism, Law, and Language*, Routledge.
- HUME, David - 1739/1984: *Tratado de la naturaleza humana*, tomo III, tr. F. Duque, Orbis.
- IACONA, Andrea - 2008: «Faultless or Disagreement», en GARCÍA-CARPINTERO, M. & KÖLBEL, M. (eds.), *Relative Truth*, Oxford University Press.
- IGLESIAS VILA, Marisa - 1999: *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ITURRALDE SESMA, Victoria - 2014: «¿Desacuerdos teóricos o decisiones *contra legem*?», *Revista Vasca de Administración Pública*, n° 99/100.
- KEEFE, Rosanna - 2000: *Theories of Vagueness*, Cambridge University Press.
- KELSEN, Hans - 1945: *General Theory of Law and State*, tr. A. Wedberg, Transaction Publishers.
- 1960/1979: *Teoría pura del derecho*, 2° ed., tr. R. Vernengo, Porrúa.

KÖLBEL, Max - 2004: «Faultless Disagreement», *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, vol. 104.

KRAMER, Matthew - 1999: *In Defense of Legal Positivism. Law Without Trimmings*, Oxford University Press.

---2004: *Where Law and Morality Meet*, Oxford University Press.

---2007: «Why the Axioms and Theorems of Arithmetic are not Legal Norms», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 27, n° 3.

KRIPKE, Saul - 1980: *Naming and Necessity*, Harvard University Press.

KRISTAN, Andrej - 2014: «En defensa de la concepción expresiva de las normas», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 37.

LAPORTA, Francisco - 2007: *El imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta.

LAURENCE, Stephen & MARGOLIS, Eric - 1999: «Concepts and Cognitive Science», en MARGOLIS, E. & LAURENCE, S. (eds.), *Concepts. Core Readings*, MIT Press.

LEITER, Brian - 2007/2012: *Naturalismo y teoría del derecho*, tr. G. Ratti, Marcial Pons.

---2009/2012: «Cómo explicar los desacuerdos entre juristas», tr. P. Luque Sánchez, en LUQUE SÁNCHEZ, P. & RATTI, G. (eds.), *Acordes y desacuerdos. Cómo y por qué los juristas discrepan*, Marcial Pons.

---2011/2012: «El problema de la demarcación en la teoría del derecho: una razón más a favor del escepticismo», tr. P. Luque Sánchez, en FERRER BELTRÁN, J., MORESO, J. J. & PAPAYANNIS, D. (eds.), *Neutralidad y teoría del derecho*, Marcial Pons.

LEWIS, David - 1969: *Convention. A Philosophical Study*, Blackwell Publishing.

LIFANTE VIDAL, Isabel - 2012: «Distinciones y paralogismos. A propósito del escepticismo guastiniano», *Discusiones*, n° 11.

LUQUE SÁNCHEZ, Pau - 2012a: «Los desacuerdos jurídicos. Un mapa conceptual», en LUQUE SÁNCHEZ, P. & RATTI, G. (eds.), *Acordes y desacuerdos. Cómo y por qué los juristas discrepan*, Marcial Pons.

---2012b: «Dos problemas de una respuesta positivista al desafío de los desacuerdos teóricos sobre el derecho», en LUQUE SÁNCHEZ, P. & RATTI, G. (eds.), *Acordes y desacuerdos. Cómo y por qué los juristas discrepan*, Marcial Pons.

---2014: *De la Constitución a la moral. Conflictos entre valores en el Estado constitucional*, Marcial Pons.

---2015: «Legal Interpretation, Rule of Recognition, and Legal Positivism», *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*.

LUQUE SÁNCHEZ, Pau & RAPETTI, Pablo - 2014: «Acerca de la respuesta iusrealista al desafío de los desacuerdos jurídicos», *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*.

LUQUE SÁNCHEZ, Pau & RATTI, Giovanni (eds.) - 2012: *Acordes y desacuerdos. Cómo y por qué los juristas discrepan*, Marcial Pons.

LYONS, David - 1973/1993: «On Formal Justice», en *Id.*, *Moral Aspects of Legal Theory. Essays on Law, Justice, and Political Responsibility*, Cambridge University Press.

---1977: «Principles, Positivism and Legal Theory», *Yale Law Journal*, n° 87.

---1993: *Moral Aspects of Legal Theory. Essays on Law, Justice, and Political Responsibility*, Cambridge University Press.

MACCORMICK, Neil - 1978/1997: *Legal Reasoning and Legal Theory*, 2° ed., Oxford University Press.

---1981/2008: *H.L.A. Hart*, 2° ed., Stanford University Press.

MACEDO, Stephen (ed.) - 1999: *Deliberative Politics. Essays on Democracy and Disagreement*, Oxford University Press.

MACHUCA, Diego (ed.) - 2013: *Disagreement and Skepticism*, Routledge.

MACKIE, John - 1977a: *Ethics: Inventing Right and Wrong*, Pelican Books.

---1977b: «The Third Theory of Law», *Philosophy & Public Affairs*, vol. 7, n° 1.

MARGOLIS, Eric & LAURENCE, Stephen (eds.) - 1999: *Concepts. Core Readings*, MIT Press.

MARMOR, Andrei (ed.) - 1995: *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, Oxford Clarendon Press.

---2002: «Exclusive Legal positivism», en COLEMAN, J. & SHAPIRO, S. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press.

---2001: *Positive Law and Objective Values*, Oxford University Press.

---2009: *Social Conventions. From Language to Law*, Princeton University Press.

---2016: «Convenciones, razones y derecho», tr. A. Carrio, en RAMÍREZ LUDEÑA, L. & VILAJOSANA, J. M. (eds.), *Convencionalismo y derecho*, Marcial Pons.

MARTÍ, Genoveva & RAMÍREZ LUDEÑA, Lorena - 2016: «Legal Disagreements and Theories of Reference», en CAPONE, A. & POGGI, F. (eds.), *Pragmatics and Law. Philosophical Perspectives*, Springer.

MELDEN, Abraham (ed.) - 1958: *Essays in Moral Philosophy*, University of Washington Press.

MILLER, Alexander - 2003: *An Introduction to Contemporary Metaethics*, Polity Press.

MONTAIGNE, Michel de - 1580/2000: «Renaissance Skepticism [Apology for Raymond Sebond]», tr. D. Frame, en GOWANS, C. (ed.), *Moral Disagreements. Classic and Contemporary Readings*, Routledge.

MOORE, Michael - 1989: «The Interpretive Turn in Modern Theory. A Turn for the Worse?», *Stanford Law Review*, vol. 41, n° 4.

---1992: «Law as a Functional Kind», en GEORGE, R. (ed.), *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, Oxford Clarendon Press.

MORESO, José Juan - 2001/2002: «En defensa del positivismo jurídico inclusivo», en NAVARRO, P. & REDONDO, M. C. (eds.), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Gedisa.

---2007/2009: «El problema Frege-Geach», en ID., *La Constitución: modelo para armar*, Marcial Pons.

---2008: «Teoría del derecho y neutralidad valorativa», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 31.

---2009a: *La Constitución: modelo para armar*, Marcial Pons.

---2009b: «Lo que queda del positivismo jurídico», en ID., *La Constitución: modelo para armar*, Marcial Pons.

---2009/2012: «Iuspositivismo y desacuerdos jurídicos», tr. A. Calzetta, en LUQUE SÁNCHEZ, P. & RATTI, G. (eds.), *Acordes y desacuerdos. Cómo y por qué los juristas discrepan*, Marcial Pons.

---2010a: «Los desacuerdos en el Derecho. Prefacio», en MORESO, J. J., PRIETO SANCHÍS, L. & FERRER BELTRÁN, J., *Los desacuerdos en el Derecho*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

---2010b: «La doctrina Julia Roberts y los desacuerdos irrecusables», en MORESO, J. J., PRIETO SANCHÍS, L. & FERRER BELTRÁN, J., *Los desacuerdos en el Derecho*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

MORESO, José Juan & NAVARRO, Pablo - 1993: *Orden jurídico y sistema jurídico. Una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos*. Centro de Estudios Constitucionales.

MORESO, José Juan, PRIETO SANCHÍS, Luis & FERRER BELTRÁN, Jordi - 2010: *Los desacuerdos en el Derecho*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

MUFFATO, Nicola - 2013: «*Tertium non datur: sulla pretesa autonomia concettuale degli asserti distaccati*», *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*.

MUNZER, Stephen - 1972: *Legal Validity*, Martinus Nijhoff.

MUÑOZ CONDE, Francisco & GARCÍA ARÁN, Mercedes - 1993/2007: *Derecho Penal. Parte General*, 7º ed., Tirant lo Blanch.

NARVÁEZ MORA, Maribel - 2014: «Comentario: metodologías filosóficas en la teoría del derecho», en FIGUEROA RUBIO, S. (ed.), *Hart en la teoría del derecho contemporánea. A 50 años de El concepto de derecho*, Ediciones Universidad Diego Portales.

NAVARRO, Pablo - 1990: *La eficacia del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales.

---1993: «Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del derecho», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 14.

---2005: «Acerca de la inevitabilidad de la interpretación», *Isonomía*, nº 22.

---2015: «Introduction I: Normative Systems and Legal Positivism. Eugenio Bulygin and the Philosophy of Law», en BULYGIN, Eugenio, *Essays in Legal Philosophy*, Bernal, C. et al (eds.), Oxford University Press.

NAVARRO, Pablo & REDONDO, M. Cristina - 1991: «Aceptación y funcionamiento del derecho», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 9.

---2002: (eds.) *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Gedisa.

NAVARRO, Pablo & RODRÍGUEZ, Jorge - 2014: *Deontic Logic and Legal Systems*, Cambridge University Press.

NEERGARD, Ulla, NIELSEN, Ruth & ROSEBERRY, Lynn (eds.) - 2011: *European Legal Method: Paradoxes and Revitalisation*, Djøf Publishing.

NINO, Carlos - 1973/1980: *Introducción al análisis del derecho*, 2º ed., Astrea.

---1979/1993: *Algunos modelos metodológicos de "ciencia" jurídica*, Fontamara.

---1984/1989: *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*, 2º ed., Astrea.

---1985: *La validez del derecho*, Astrea.

---1988: «Constructivismo epistemológico: entre Rawls y Habermas», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 5.

---1994: *Derecho, moral y política*, Ariel.

OLIVECRONA, Karl - 1939/1980: *El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, 2° ed., tr. L. Guerra, Labor.

---1962/2013: *Lenguaje jurídico y realidad*, 10° ed, tr. E. Garzón Valdés, Fontamara.

ORUNESU, Claudina - 2007: «Sobre la inconsistencia teórica del positivismo incluyente», *Análisis filosófico*, vol. 27, n° 1.

PAPAYANNIS, Diego & RAMÍREZ LUDEÑA, Lorena - 2012a: «Desacuerdos teóricos e interpretación del derecho», *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*.

---2012b: «Una respuesta pluralista al problema de los desacuerdos jurídicos», en LUQUE SÁNCHEZ, P. & RATTI, G. (eds.), *Acordes y desacuerdos. Cómo y por qué los juristas discrepan*, Marcial Pons.

PATTERSON, Dennis - 2011: «Methodology and Theoretical Disagreement», en NEERGARD, U., NIELSEN, R. & ROSEBERRY, L. (eds.), *European Legal Method: Paradoxes and Revitalisation*, Djøf Publishing.

PEROT, Pablo & RODRÍGUEZ, Jorge - 2012: «Desacuerdos acerca del derecho», en LUQUE SÁNCHEZ, P. & RATTI, G. (eds.), *Acordes y desacuerdos. Cómo y por qué los juristas discrepan*, Marcial Pons.

PERRY, Stephen - 1995: «Interpretation and Methodology in Legal Theory», en MARMOR, A. (ed.), *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, Oxford Clarendon Press.

---2002: «Method and Principle in Legal Theory», *Yale Law Journal*, vol. 111, n° 7.

PIGDEN, Charles (ed.) - 2010: *Hume on Is and Ought*, Palgrave Macmillan.

PINO, Giorgio - 2015: «La norma di riconoscimento come ideologia delle fonti», *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*.

PINTORE, Anna - 2014: «"A Rule-Governed Gunman Writ Large"? El puesto de la coerción en *The Concept of Law*», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 37.

PLUNKETT, David & SUNDELL, Tim - 2013a: «Disagreement and the Semantics of Normative and Evaluative Terms», *Philosophers' Imprint*, vol. 13, n° 23.

---2013b: «Dworkin's Interpretivism and the Pragmatics of Legal Disputes», *Legal Theory*, n° 19.

---2014: «Antipositivist Arguments from Legal Thought and Talk: The Metalinguistic Response», en HUBBS, G. & LIND, D. (eds.), *Pragmatism, Law, and Language*, Routledge.

POSCHER, Ralf - 2016: «Why We Argue About the Law: An Agonistic Account of Legal Disagreement», en BANAS, P., DYRDA, A. & GIZBERT-STUDNICKI, T. (eds.), *Metaphilosophy of Law*, Hart Publishing.

POSTEMA, Gerald - 1982: «Coordination and Conventions at the Foundations of Law», *The Journal of Legal Studies - University of Chicago*, vol. 11, n° 1.

---1987: «The Normativity of Law», en GAVISON, R. (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H. L. A. Hart*, Oxford Clarendon Press.

---2011: *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World*, vol. 11 de PATTARO, Enrico (ed.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, Springer.

PRIEL, Dan - 2012: «El modelo científico de la teoría del derecho», tr. R. Gama & M. J. Ureña Muñoz, en FERRER BELTRÁN, J., MORESO, J. J. & PAPAYANNIS, D. (eds.), *Neutralidad y teoría del derecho*, Marcial Pons.

---2014: «Jurisprudential Disagreements and Descriptivism», *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, n° 8.

PRIOR, Arthur - 1960: «The Autonomy of Ethics», *Australasian Journal of Philosophy*, vol. 38, n° 3.

PUTNAM, Hilary - 1973: «Meaning and Reference», *The Journal of Philosophy*, vol. 70, n° 19.

---1983: «Foreword», en GOODMAN, N., *Fact, Fiction, and Forecast*, 4° ed., Harvard University Press.

QUINE, Willard V. O. - 1951/1961: «Two Dogmas of Empiricism», en ID., *From a Logical Point of View*, 2° ed., Harvard University Press.

---1961: *From a Logical Point of View*, 2° ed., Harvard University Press.

---1969: *Ontological Relativity and Other Essays*, Columbia University Press.

---1987: *Quiddities. An Intermittently Philosophical Dictionary*, Harvard Belknap Press.

RAMÍREZ LUDEÑA, Lorena - 2015: *Diferencias y deferencia. Sobre el impacto de las nuevas teorías de la referencia en el derecho*, Marcial Pons.

RAMÍREZ LUDEÑA, Lorena & VILAJOSANA, Josep M. (eds.) - 2016: *Convencionalismo y derecho*, Marcial Pons.

RAPETTI, Pablo - 2014: «El incorporacionismo entre la espada del realismo moral y la pared del positivismo excluyente», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 37.

---2015a: «Ángeles a punta de pistola», estudio preliminar a SCHAUER, Frederick, *Fuerza de ley*, tr. P. Rapetti, Palestra.

---2015b: «Derecho, coerción; metateoría, teoría», *Diritto & Questioni Pubbliche*, nº 15/2.

RATTI, Giovanni - 2008: «Los desacuerdos jurídicos en la *jurisprudence* anglosajona», *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*.

---2012a: «Regla de reconocimiento, cánones interpretativos y realismo jurídico», en LUQUE SÁNCHEZ, P. & RATTI, G. (eds.), *Acordes y desacuerdos. Cómo y por qué los juristas discrepan*, Marcial Pons.

---2012b: «Desacuerdos sobre desacuerdos. Réplica a Diego Papayannis y Lorena Ramírez», *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*.

---2012c: «Estudio introductorio» a LEITER, Brian, *Naturalismo y teoría del derecho*, tr. G. Ratti, Marcial Pons.

RAWLS, John - 1951/1999: «Esbozo de un procedimiento de decisión para la ética», tr. M. A. Rodilla, en ID., *Justicia como equidad: materiales para una teoría de la justicia*, M. A. Rodilla (ed.), Tecnos.

---1971/1999: *A Theory of Justice*, 2º ed., Harvard Belknap Press.

---1980/1999: «El constructivismo kantiano en la teoría moral», tr. M. A. Rodilla, en ID., *Justicia como equidad: materiales para una teoría de la justicia*, M. A. Rodilla (ed.), Tecnos.

---1999: *Justicia como equidad: materiales para una teoría de la justicia*, M. A. Rodilla (ed.), Tecnos.

RAZ, Joseph - 1970/1986: *El concepto de sistema jurídico*, 2º ed., tr. R. Tamayo y Salmorán, UNAM.

---1972/1983: «Legal Principles and the Limits of Law», en COHEN, M. (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Duckworth.

---1975/1999: *Practical Reason and Norms*, 2º ed., Oxford University Press.

---1979/1985: *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, 2° ed. en español, tr. R. Tamayo y Salmorán, UNAM.

---1981: «The Purity of the Pure Theory», *Revue Internationale de Philosophie*, n° 35.

---1985: «Authority, Law, and Morality», *The Monist*, vol. 68, n° 3.

---1993: «H. L. A. Hart (1907-1992)», *Utilitas*, vol. 5, n° 2.

---1996/2009: «On the Nature of Law», en ID., *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford University Press.

---1998/2009: «Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison», en ID., *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford University Press.

---2004/2009: «Can There be a Theory of Law?», en ID., *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford University Press.

---2007: «Teoría y conceptos: replica a Alexy y Bulygin», tr. R. Sánchez Brígido, en BOUVIER, H., GAIDO, P. & SÁNCHEZ BRÍGIDO, R. (eds.), *Una discusión sobre teoría del derecho: Joseph Raz, Robert Alexy, Eugenio Bulygin*, Marcial Pons.

---2009: *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford University Press.

REDONDO, María Cristina - 1996: *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales.

RIPSTEIN, Arthur - 2007a: «Introduction: Anti-Arquimedianism», en ID. (ed.), *Ronald Dworkin*, Cambridge University Press.

---2007b (ed.): *Ronald Dworkin*, Cambridge University Press.

RODRÍGUEZ, Jorge - 2012: «Normas, verdad y enunciados acerca del derecho», en FERRER BELTRÁN, J., MORESO, J. J. & PAPAYANNIS, D. (eds.), *Neutralidad y teoría del derecho*, Marcial Pons.

---2016: «La regla de reconocimiento como convención constitutiva», en RAMÍREZ LUDEÑA, L. & VILAJOSANA, J. M. (eds.), *Convencionalismo y derecho*, Marcial Pons.

RODRÍGUEZ-BLANCO, Verónica - 2003: «A Defence of Hart's Semantics as Nonambitious Conceptual Analysis», *Legal Theory*, n° 9.

---2007: «Peter Winch and H. L. A. Hart: Two Concepts of the Internal Point of View», *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, n° 20.

RORTY, Richard - 1985/1991: «Solidarity or Objectivity?», en ID., *Objectivity, Relativism, and Truth. Philosophical Papers – Volume I*, Cambridge University Press.

---1991: *Objectivity, Relativism, and Truth. Philosophical Papers – Volume I*, Cambridge University Press.

ROSS, Alf - 1929/1999: *Teoría de las fuentes del derecho. Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas*, tr. J. L. Muñoz de Baena et al, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

---1953/1963: *Sobre el derecho y la justicia*, tr. G. Carrió, Eudeba.

RUIZ MANERO, Juan - 1990: *Jurisdicción y normas*, Centro de Estudios Constitucionales.

SÁNCHEZ BRÍGIDO, Rodrigo - 2016: «Convenciones cooperativas, regla de reconocimiento y prácticas institucionales», en RAMÍREZ LUDEÑA, L. & VILAJOSANA, J. M. (eds.), *Convencionalismo y derecho*, Marcial Pons.

SCHAUER, Frederick - 2012: «Necesidad, importancia y naturaleza del derecho», tr. J. Rodríguez, en FERRER BELTRÁN, J., MORESO, J. J. & PAPAYANNIS, D. (eds.), *Neutralidad y teoría del derecho*, Marcial Pons.

---2015: *Fuerza de ley*, tr. P. Rapetti, Palestra.

SCHROEDER, Mark - 2008: *Being For. Evaluating the Semantic Program of Expressivism*, Oxford Clarendon Press.

---2010: *Noncognitivism in Ethics*, Routledge.

SCIARAFFA, Stefan - 2012: «Explaining Theoretical Disagreement and Massive Decisional Agreement: The Justificatory View», *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, nº 6.

SEARLE, John - 1964: «How to Derive 'Ought' from 'Is'», *The Philosophical Review*, nº 73.

---1998: *Mind, Language and Society*, Basic Books.

SELLARS, Wilfrid - 1956/1997: *Empiricism and the Philosophy of Mind*, Harvard University Press.

SHAFFER-LANDAU, Russ & CUNEO, Terence - 2007: *Foundations of Ethics: An Anthology*, Blackwell Publishing.

SHAPIRO, Scott - 2007: «The 'Hart-Dworkin' Debate: A Short Guide for the Perplexed», en RIPSTEIN, A. (ed.), *Ronald Dworkin*, Cambridge University Press.

---2009: «What Is the Rule of Recognition (And Does It Exist)?», en ADLER, M. & HIMMA, K. (eds.), *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*, Oxford University Press.

---2011/2014: *Legalidad*, tr. D. Papayannis, Marcial Pons.

SIMPSON, Alfred W. (ed.) - 1973: *Oxford Essays in Jurisprudence*, Second Series, Oxford Clarendon Press.

SMITH, Dale - 2010: «Theoretical Disagreement and the Semantic Sting», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 30, n° 4.

SMITH, Michael - 1994/2015: *El problema moral*, tr. R. Sánchez Brígido, Marcial Pons.

SOPER, E. Philip - 1977: «Legal Theory and the Obligation of a Judge. The Hart/Dworkin Dispute», *Michigan Law Review*, n° 75.

---1995: «Legal Systems, Normative Systems, and the Paradoxes of Positivism», *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, n° 8.

SOSA, Ernesto - 1997: «Normative Objectivity», en GARZÓN VALDÉS, E. *et al* (eds.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin*, Duncker & Humboldt.

SPAACK, Torben - 2016: «Schauer's Anti-Essentialism», *Ratio Juris*, vol. 29, n° 2.

STALNAKER, Robert - 1973: «Presuppositions», *Journal of Philosophical Logic*, n° 2.

---1999: *Context and Content: Essays on Intentionality in Speech and Thought*, Oxford University Press.

STAVROPOULOS, Nicos - 1996: *Objectivity in Law*, Oxford Clarendon Press.

---2003/2014: «Legal Interpretivism», en ZALTA, E. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Summer 2015 Edition,
URL=<http://plato.stanford.edu/entries/law-interpretivist/>
(consultado por última vez el 28/10/2016).

---2016: «Obligación y práctica social», tr. L. Ramírez Ludeña, en RAMÍREZ LUDEÑA, L. & VILAJOSANA, J. M. (eds.), *Convencionalismo y derecho*, Marcial Pons.

STERN, Robert - 2011/2015: «Transcendental Arguments», en ZALTA, E. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Summer 2015 Edition,
URL=<http://plato.stanford.edu/archives/sum2015/entries/transcendental-arguments/>
(consultado por última vez el 02/09/2016).

STEVENSON, Charles - 1944: *Ethics and Language*, Yale University Press.

STRAWSON, Peter - 1974/2011: «Does Knowledge Have Foundations?», en ID., *Philosophical Writings*, G. Strawson & M. Montague (eds.), Oxford University Press.

---1975/2011: «Knowledge and Truth», en ID., *Philosophical Writings*, G. Strawson & M. Montague (eds.), Oxford University Press.

---1992: *Analysis and Metaphysics*, Oxford University Press.

---2011: *Philosophical Writings*, G. Strawson & M. Montague (eds.), Oxford University Press.

SUNSTEIN, Cass - 1996: *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford University Press.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando - 1984: «La teoría del derecho de Jeremías Bentham», *Boletín mexicano de Derecho Comparado*, n° 50, Nueva serie – Año XVII.

TAPPER, Colin - 1973: «Powers and Secondary Rules of Change», en SIMPSON, A. (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Second Series, Oxford Clarendon Press.

TARELLO, Giovanni - 1980/2013: *La interpretación de la ley*, tr. D. Dei Vecchi, Palestra.

TARSKI, Alfred - 1944/1949: «The Semantic Conception of Truth and the Foundations of Semantics», en FEIGL, H. & SELLARS, W. (eds.), *Readings in Philosophical Analysis*, Appleton-Century-Crofts.

THAGARD, Paul - 1978: «The Best Explanation: Criteria for Theory Choice», *Journal of Philosophy*, vol. 75, n° 2.

TOH, Kevin - 2005: «Hart's Expressivism and his Benthamite Project», *Legal Theory*, n° 11.

---2007: «Raz on Detachment, Acceptance and Describability», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 27, n° 3.

---2008: «An Argument Against the Social Facts Thesis (And Some Additional Preliminary Steps Towards a New Conception of Legal Positivism)», *Law and Philosophy*, n° 27.

---2010: «The Predication Thesis and a New Problem about Persistent Fundamental Legal Controversies», *Utilitas*, vol. 22, n° 3.

---2011: «Legal Judgments as Plural Acceptances of Norms», en GREEN, L. & LEITER, B. (eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law*, vol. 1, Oxford University Press.

---2012: «La falacia del doble deber y los ‘desacuerdos teóricos’ en el derecho», tr. A. Calzetta, en LUQUE SÁNCHEZ, P. & RATTI, G. (eds.), *Acordes y desacuerdos. Cómo y por qué los juristas discrepan*, Marcial Pons.

---2013: «Jurisprudential Theories and First-Order Legal Judgments», *Philosophy Compass*, n° 8/5.

---2015: «[Erratum to] Four Neglected Prescriptions of Hartian Legal Philosophy», *Law and Philosophy*, n° 34.

TROPER, Michel - 2012: «Anotaciones sobre Guastini», tr. F. Arena, *Discusiones*, n° 11.

VILLA, Vittorio - 2016: «Deep Interpretive Disagreements and Theory of Legal Interpretation», en CAPONE, A. & POGGI, F. (eds.), *Pragmatics and Law. Philosophical Perspectives*, Springer.

VON WRIGHT, Georg - 1963/2010: *La diversidad de lo bueno*, tr. D. González Lagier & V. Roca. Marcial Pons.

WALDRON, Jeremy - 1999/2005: *Derecho y desacuerdos*, tr. J. L. Martí & A. Quiroga, Marcial Pons.

WALTON, Kevin - 2012: «Metodología de la teoría del derecho: ¿es posible una interpretación pura?», tr. R. Gama & M. J. Ureña Muñoz, en FERRER BELTRÁN, J., MORESO, J. J. & PAPAYANNIS, D. (eds.), *Neutralidad y teoría del derecho*, Marcial Pons.

WALUCHOW, Wilfrid - 1989: «The Weak Social Thesis», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 9, n° 1.

---1994: *Inclusive Legal Positivism*, Oxford Clarendon Press.

WALUCHOW Wilfrid & SCIARAFFA, Stefan (eds.) - 2013: *Philosophical Foundations of the Nature of Law*, Oxford University Press.

WILLIAMS, Bernard - 1979/1993: «Conflictos de valores», en ID., *La fortuna moral*, tr. S. Marín, UNAM.

---1980/1993: «Deber y obligación moral», en ID., *La fortuna moral*, tr. S. Marín, UNAM.

---1981/1993: *La fortuna moral*, tr. S. Marín, UNAM.

---1985/2006: *Ethics and the Limits of Philosophy*, 3° ed., Routledge.

WINCH, Peter - 1958/1990: *The Idea of a Social Science and Its Relation to Philosophy*, 2° ed., Routledge.

WITTGENSTEIN, Ludwig - 1953/2009: *Investigaciones filosóficas*, 3° ed., tr. A. García Suárez & C. U. Moulines, Gredos.

---1967/2007: *Zettel*, 3° ed., tr. O. Castro & C. U. Moulines, UNAM.

¿Dónde está la verdad? ¿Dónde el error? En todas partes y en ninguna: todos tienen razón, puesto que a unos les parece bello lo que otros encuentran detestable, por la única razón de haberse conmovido los primeros, mientras los otros se sintieron fatigados. ¿Qué remedio tiene esto?... Ninguno... ¡Pero es terrible! Yo preferiría estar loco y creer en lo bello absoluto.

(Hector Berlioz)

