

DESACUERDOS ACERCA DEL DERECHO

*Pablo Martín Perot y Jorge Luis Rodríguez**

Resumen

Uno de los aspectos centrales de las críticas de Dworkin al positivismo jurídico consiste en que desde tal punto de vista no podrían explicarse satisfactoriamente los desacuerdos existentes en la práctica jurídica. En el presente trabajo se intenta demostrar que esta objeción sólo resulta admisible bajo una particular interpretación de la tesis de las fuentes sociales: si se sostiene que las normas jurídicas son convencionales en el sentido de que su existencia depende del acuerdo acerca de sus casos de aplicación correcta, entonces sería correcto que los desacuerdos respecto de su alcance siempre indicarían que no existe una solución jurídica para el caso. No obstante, resultaría equivocado suponer que esta interpretación es necesaria para el positivismo. Si se acepta como punto de partida lo que Juan Carlos Bayón denomina *convencionalismo profundo*, el acuerdo que resulta relevante para identificar el contenido del derecho no es un acuerdo explícito sobre los casos de aplicación de las normas jurídicas, sino el que recae sobre los criterios que guían el uso de tales normas. Bajo esta interpretación de la tesis de las fuentes sociales el positivismo no sólo puede dar cuenta de los desacuerdos acerca del derecho sino que dispone de una explicación mucho más interesante que la que ofrece Dworkin.

Palabras clave: desacuerdos, normas, convencionalismo, positivismo.

Abstract

One of the main aspects of Dworkin's arguments against Legal Positivism is that from a positivistic point of view there would be no satisfactory explanation for disagreements in legal practice. In the present paper we intend to show that this objection rests on an inadequate interpretation of the sources thesis. If legal rules were conventional in the sense that their existence depended upon a social agreement regarding their correct applications, it would be right to claim that disagreements would always indicate the absence of legal solutions for those cases under the scope of the given rules. However, Legal Positivism is not committed to this interpretation. Assuming what Juan Carlos Bayón has called *deep conventionalism*, the relevant agreement for the identification of the content of law is not an

* Universidad Nacional de Mar del Plata, Argentina.

explicit agreement regarding the cases of application of legal rules but one regarding the criteria that guides their use. Under this interpretation of the sources thesis, Legal Positivism not only has an adequate explanation of legal disagreements, but a much more interesting one than Dworkin's.

Key words: Disagreements, Rules, Conventionalism, Legal Positivism.

1. El caso de la señora Sorenson y la sorprendente respuesta de Hart

En su libro *Justice in Robes* Ronald Dworkin presenta de una manera renovada su posición sobre el problema de las relaciones entre el derecho y la moral, y aprovecha la ocasión para precisar su crítica al positivismo jurídico. Uno de los puntos más llamativos de su crítica es la afirmación de que la teoría de Herbert Hart tiene consecuencias constraintuitivas en el plano normativo o práctico. Para exemplificarlo, Dworkin plantea el siguiente caso imaginario: la señora Sorenson ha consumido durante muchos años un medicamento que es fabricado por distintas compañías farmacéuticas y cuyo nombre genérico es "*inventum*". El *inventum* posee graves efectos colaterales que no fueron descubiertos debido a la negligencia de sus fabricantes, los que le han provocado a la señora Sorenson serios problemas cardíacos. La peculiaridad del caso está dada porque la señora Sorenson no puede probar cuál o cuáles de todas las compañías que fabrican *inventum* son las que han causado su padecimiento: indudablemente tomó pastillas hechas por una o más de tales compañías farmacéuticas, pero también sin lugar a dudas no consumió pastillas fabricadas por algunas de ellas. Los abogados de la señora Sorenson demandan a todas las compañías farmacéuticas que fabricaron *inventum* durante el periodo en el que ella tomó la droga para que reparen los daños provocados en proporción a la porción del mercado de ventas que poseía cada una durante los años relevantes.

Dworkin considera que desde una concepción positivista del derecho como la de Hart debería solucionarse este caso rechazando la demanda de la señora Sorenson. Debido al alcance de la tesis de las fuentes sociales, para los positivistas sólo sería posible incorporar valores morales en la argumentación jurídica cuando ciertas fuentes sociales dispongan que ellos son parte del derecho. Como por hipótesis ninguna

ley o decisión judicial anterior habría considerado pertinente a la moral en el caso de la señora Sorenson, Dworkin afirma que para la teoría de Hart ningún juicio moral o deliberación normativa debería participar en la evaluación de si la Sra. Sorenson tiene derecho a lo que reclama. En lo que le concierne al derecho, por lo tanto, Hart sostendría que su demanda debería ser rechazada.¹

Para mostrar por qué la crítica Dworkin carece de asidero, Timothy Endicott² ha propuesto reconstruirla como un argumento con la siguiente estructura:

I. Hart sostiene que el contenido del derecho puede identificarse haciendo referencia a fuentes sociales.

II. No puede identificarse un derecho subjetivo de carácter jurídico de la señora Sorenson a la reparación de sus perjuicios haciendo referencia a fuentes sociales.

III. Por lo tanto, Hart tendría que decir que en lo que concierne al derecho, la demanda de la señora Sorenson debería ser rechazada.

Endicott sostiene que la primera y más directa razón por la que este argumento carecería de solidez es que la conclusión no se seguiría de las premisas I y II. No se podría concluir sin más que en lo que concierne al derecho la demanda de la señora Sorenson debe ser rechazada, aunque se conceda que no existen fuentes sociales que respalden su reclamo, porque el derecho podría conferir competencia a los tribunales para crear nuevos derechos subjetivos. La posibilidad de que los jueces crean derecho no sólo es tomada en cuenta por Hart, sino que es considerada como un rasgo central de la naturaleza del derecho al señalar, por ejemplo, que la doctrina del precedente es compatible con dos formas de actividad creativa o legislativa: limitar la regla que surge del precedente o ampliar la regla descartando una restricción que figuraba en ella tal como había sido formulada en casos anteriores.

Una segunda razón que aduce Endicott consistiría en que la premisa II no se encontraría debidamente fundada. Desarrolla esta idea reconociendo que podría pensarse que Hart sostiene el punto de vista de que no existe un derecho subjetivo a la reparación en el caso de la señora Sorenson porque afirma que “la existencia y el contenido del derecho

¹ Cf. Dworkin, 2006, pp. 143-145.

² Cf. Endicott, 2007, pp. 311-326.

pueden ser identificados por referencia a las fuentes sociales del derecho". Sin embargo, la información que brinda Dworkin acerca del caso de la señora Sorenson no permitiría afirmar que no sea posible identificar un derecho subjetivo a la reparación en el caso analizado por referencia a fuentes sociales: todo dependería, por supuesto, del derecho de la jurisdicción de la señora Sorenson. Pero aunque ninguna decisión haya sido tomada con anterioridad a favor o en contra de la demanda, cualquier abogado podría imaginar cómo construir argumentos en uno u otro sentido apoyados en fuentes sociales. En otras palabras, que ninguna decisión se haya tomado con anterioridad al respecto no significa que no puedan construirse argumentos que se apoyen en fuentes sociales.

De la forma en que Endicott aborda esta crítica de Dworkin a la teoría de Hart es necesario remarcar dos cuestiones. En primer lugar, es correcto afirmar que iii no se sigue de i y ii, y se pueden aceptar las dos razones expuestas por Endicott como formas adecuadas de mostrar tal cosa. Pero, en segundo lugar, esta forma de reconstruir la crítica de Dworkin a Hart, así como el intento de respuesta, no parecen constituir una forma satisfactoria de defender al positivismo del desafío que representa la crítica de Dworkin. Aunque las dos razones que sugiere Endicott para mostrar que no puede considerarse debidamente justificada la conclusión del argumento resultan correctas, conviene observar con detenimiento qué consecuencias se siguen de ellas en el marco más amplio del desafío de Dworkin al positivismo jurídico. Con relación a la primera razón, *i.e.*, que la conclusión no se sigue de las premisas, Endicott acierta al destacar que conferir potestad a los jueces para que en ciertos casos modifiquen el contenido del derecho no parece algo que vaya necesariamente en contra del ideal de la legalidad o del estado de derecho, siempre que esto último se interprete de una forma distinta a como propone Dworkin, quien parece identificarlo con la idea de que el poder coercitivo del estado debe ser ejercido sólo de acuerdo con pautas establecidas con anterioridad a tal ejercicio. Sin embargo, Endicott parece suponer que si los jueces hacen uso de esa competencia, su decisión tiene como resultado la modificación del sistema jurídico. Esto es problemático en primer lugar porque un sistema jurídico puede conferir a los jueces la potestad para colmar las lagunas del sistema, pero ello de por sí no significa que los autorice a modificar el derecho: para que su actividad tenga como resultado la modificación

del sistema se requiere, además, que el alcance de su decisión no se restrinja al caso individual, lo que dependerá contingentemente de la configuración de las reglas secundarias del sistema. Pero, en segundo lugar, la argumentación de Endicott parece conceder algo importante: que en realidad no existe un derecho subjetivo jurídico a la reparación de los daños sufridos por la señora Sorenson que sea *preexistente a la decisión judicial*. La teoría de Dworkin parecería correr con la ventaja de que permite decir que tal derecho subjetivo jurídico es, aunque sea de algún modo misterioso, preexistente a la decisión.

En lo que se refiere a la segunda razón, *i.e.*, que la premisa ii resultaría infundada, hay que tener aún más cuidado. Seguramente cualquier abogado medianamente apto en el arte de la argumentación puede encontrar algún argumento que tenga apoyo más o menos cercano en alguna fuente social para afirmar o negar el derecho que alega la señora Sorenson. Decir esto puede servir para mostrar que la tesis de las fuentes sociales no implica iii, pero también podría servir para dar apoyo a la posición de Dworkin en cuestiones de mayor relevancia que forman parte de su desafío al positivismo. ¿De qué forma se puede establecer la existencia y contenido del derecho a partir de la tesis de las fuentes sociales en casos en los que existe un desacuerdo persistente acerca de lo que el derecho exige, si tales fuentes permiten justificar soluciones no sólo distintas sino también incompatibles?³

De todos modos, el principal desacuerdo de la reconstrucción de Endicott es que parece otorgar demasiada consideración a un aspecto más bien menor del desafío de Dworkin al positivismo. La crítica de Dworkin a Hart, en el aspecto que toma en cuenta Endicott, se parece más a un artificio retórico o a una provocación gratuita que a un argumento, porque simplifica y ridiculiza a la teoría hartiana de manera inaceptable para una discusión intelectual sincera y bien intencionada. Nada en la teoría de Hart apoya el punto de vista de que, de acuerdo con el derecho, la demanda de la señora Sorenson deba ser rechazada. Dworkin pretende mostrar con su ejemplo que la teoría de Hart se encuentra necesariamente comprometida con valores morales y, por ello, que no es posible una teoría del derecho valorativamente neutral. Más allá de que ambas cosas son altamente controvertibles, lo sorprendente es que

³ Seríamos injustos con Endicott si no aclarásemos que en su trabajo brinda una explicación de los términos en los que se puede dar cuenta de los desacuerdos desde el positivismo de Hart.

la propia teoría de Dworkin, que sí se autopropone comprometida con ciertos valores morales y que no es valorativamente neutral, no permite derivar una consecuencia normativa tan fuerte como la que Dworkin atribuye a Hart. Dworkin reconoce que aunque se adopte su teoría, no podría derivarse de ella una solución para el caso de la señora Sorenson en tanto no se resuelva la cuestión de si el juez debe decidir el caso de acuerdo con el derecho o debe apartarse de él para decidir de acuerdo con la moral.⁴ Este contraste entre una teoría que pretende ser valorativamente neutral, como la de Hart y que, sin embargo, permitiría derivar directamente conclusiones normativas, y una teoría moralmente comprometida como la de Dworkin, que no permite tal cosa, es un claro síntoma de que no se trata de una crítica sincera que posea credenciales suficientes para considerarse como un argumento.

2. El desafío de Dworkin al positivismo jurídico

Desde sus primeros artículos, que luego fueron recogidos en *Taking Rights Seriously*, Dworkin ha sostenido que el positivismo distorsiona la reconstrucción de la actividad que desarrollan abogados y jueces y que, por tal razón, ofrece una visión inadecuada de la práctica de los sistemas jurídicos contemporáneos. En *Law's Empire* brinda una explicación de las razones que lo conducirían a ese error: el positivismo asumiría que el significado de todos los conceptos, incluso el significado de la expresión "derecho", dependería exclusivamente de sus criterios de uso. Desde tal punto de vista, los positivistas considerarían que un análisis adecuado del concepto de derecho consistiría en esclarecer los criterios que comparten los abogados sobre qué afirmaciones acerca del derecho son verdaderas. Este presupuesto fue denominado por Dworkin como la falacia del "agujón semántico". En *Justice in Robes* precisa esta idea, sosteniendo que como los filósofos del derecho se habrían vuelto más sofisticados en filosofía del lenguaje, sus argumentos originarios en contra del positivismo resultarían insuficientes y deberían ser refinados.⁵

⁴ Cf. Dworkin, 2006, pp. 13-14.

⁵ Cf. Dworkin, 2006, p. 225.

A tales fines, Dworkin distingue diferentes conceptos de derecho que tendrían relevancia a la hora investigar sus relaciones con la moral. En primer lugar, señala que se utiliza un *concepto doctrinario* de derecho cuando se expresan proposiciones jurídicas, esto es, afirmaciones acerca de lo que el derecho exige, permite y prohíbe. El uso de tales proposiciones implicaría que se comparten presupuestos acerca del tipo de argumentos que resultan relevantes para defenderlas y, también, acerca de las consecuencias que se siguen cuando ellas son verdaderas. En segundo lugar, se emplearía un *concepto sociológico* de derecho cuando se hace referencia a él como un particular tipo de estructura social, institución o patrón de conducta. Usando este concepto se preguntarían cosas tales como cuándo aparece por primera vez el derecho en las sociedades tribales primitivas o si el comercio es posible sin derecho. En tercer lugar, se utilizaría un *concepto taxonómico* de derecho cuando se clasifica a una regla o principio como jurídico y no como de otra clase. Según Dworkin, unos pocos filósofos del derecho utilizan este concepto al suponer que cualquier comunidad política que posee un derecho en el sentido sociológico también posee un conjunto de reglas y otras clases de pautas que son jurídicas, como algo opuesto a morales, consuetudinarias o alguna otra clase de pautas de conducta. Por último, se emplearía un *concepto ideal (aspirational)* de derecho cuando se hace referencia al ideal de la legalidad o del Estado de derecho.⁶ Es importante destacar que Dworkin considera que no se está aquí frente a una delimitación de diferentes usos de un único concepto. A su juicio, se trataría genuinamente de conceptos distintos, aunque fuertemente relacionados, y ello se pondría de manifiesto en que las instancias de cada uno de tales conceptos serían diferentes. Así, por caso, el concepto doctrinario tendría como instancias afirmaciones normativas válidas o proposiciones, mientras que el concepto sociológico tendría como instancias instituciones o patrones de conducta.⁷

Dworkin se preocupa por dejar en claro que su desafío al positivismo jurídico siempre habría tenido por objeto el concepto doctrinario de derecho y no el taxonómico.⁸ En tal sentido, critica a los positivistas por confundir los conceptos de derecho que él propone diferenciar, con lo que también confundirían los problemas de diversa naturaleza que

⁶ Cf. Dworkin, 2006, pp. 1-5.

⁷ Cf. Dworkin, 2006, primera nota de la introducción.

⁸ Cf. Dworkin, 2006, pp. 228 y ss.

se deben enfrentar para dar cuenta de las relaciones entre el derecho y la moral. Con respecto a la forma de dar cuenta del concepto doctrinario –el que a su criterio resulta central para comprender la práctica del derecho–, su crítica apunta al *positivismo doctrinario analítico*. Esta posición consideraría que una vez que entendemos adecuadamente el concepto doctrinario de derecho, sería posible advertir que es una verdad necesaria el que los hechos morales no figuran entre las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas. Para Dworkin esta concepción se diferencia de la suya en el nivel más fundamental de la teoría del derecho, el nivel semántico.⁹

En ese nivel de la teoría del derecho se debería establecer qué tipo de concepto es el concepto doctrinario de derecho en atención a su significado. Dworkin evalúa tres posibilidades al respecto. La primera es que se trate de un *concepto determinado exclusivamente por sus criterios de uso (criterial concept)*, esto es, que las personas lo comparten cuando están de acuerdo sobre una definición (precisa o imprecisa) que expone el criterio para su aplicación correcta. Los conceptos de soltero o de triángulo, así como los conceptos sociológico y taxonómico de derecho, serían ejemplos de este tipo de conceptos. La segunda posibilidad es que constituya un *concepto de clase natural (natural kind concept)*, lo que implicaría que sería posible descubrir una estructura natural, física o biológica, que compartirían las instancias del concepto. El concepto de tigre y el de oro podrían considerarse ejemplos característicos de esta clase de conceptos. La tercera y última alternativa consistiría en que funcione como un *concepto interpretativo (interpretive concept)*, es decir, como un concepto que alentaría a reflexionar sobre lo que exige cierta práctica que se ha desarrollado, y que las personas podrían compartir a pesar de subsistir desacuerdos persistentes acerca del criterio de uso y de los casos que constituyen sus instancias particulares. Los conceptos políticos de libertad, igualdad, democracia y justicia, como así también el concepto doctrinario de derecho, serían a su criterio ejemplos de conceptos interpretativos.¹⁰

Dworkin sostiene que la práctica lingüística convergente determinaría, aunque de diferente forma, la aplicación correcta de los conceptos de clases naturales y de los determinados exclusivamente por sus crite-

⁹ Cf. Dworkin, 2006, pp. 30-31.

¹⁰ Cf. Dworkin, 2006, pp. 9-11.

rios de uso. Las personas que comparten un concepto determinado exclusivamente por sus criterios de uso podrían, por supuesto, no estar de acuerdo y equivocarse acerca de si el criterio es de aplicación en un caso particular. En cambio, las personas que comparten un concepto de clase natural podrían equivocarse de una manera más fundamental: algunos o todos podrían equivocarse acerca de la naturaleza esencial de las propiedades del concepto, como habría ocurrido durante siglos sobre la composición del sonido; también podrían equivocarse sobre las instancias particulares de cierto concepto. Pero identificar tales errores presupondría una práctica convergente subyacente que ligaría el concepto a una clase natural en particular. Los conceptos interpretativos también requerirían que las personas compartan una práctica: esa práctica debería ser convergente en lo que concierne a tratar al concepto como interpretativo. Pero esto no significaría que exista acuerdo en la aplicación del concepto: las personas podrían compartir un concepto tal incluso cuando discrepan en extremo acerca de su aplicación. Por lo tanto, una teoría satisfactoria de un concepto interpretativo no podría meramente describir el criterio que la gente utiliza para identificar sus instancias, sino que debería ser en sí misma una interpretación de la práctica en la cual figura el concepto.¹¹

Con estas precisiones, Dworkin especifica el contenido de la falacia del aguijón semántico que cometerían los positivistas analíticos en la actualidad. Ella radicaría en presuponer que todos los conceptos dependen de una práctica lingüística convergente, una práctica que señalaría la extensión del concepto a través de un criterio de aplicación compartido o por asociar el concepto a una clase natural diferenciada. La infección del aguijón semántico consistiría en que todos los conceptos de derecho, incluido el doctrinario, dependerían de una práctica convergente en alguna de esas dos formas. En otras palabras, el positivismo analítico insistiría en sostener que el concepto doctrinario de derecho no es interpretativo sino de otra clase, cuya elucidación constituiría un proyecto enteramente conceptual o descriptivo en el que la moral sustantiva no tendría lugar.¹²

De acuerdo con Andrei Marmor, la forma más interesante de entender la argumentación de Dworkin consiste en señalar que existe

¹¹ Cf. Dworkin 2006, pp. 11-12. Otra diferencia importante radicaría en la idea de que el análisis de un concepto interpretativo no podría ser neutral (cf. Dworkin 2006, pp. 224-225).

¹² Cf. Dworkin, 2006, pp. 11-12 y 225.

una tensión irreconciliable entre el convencionalismo que subyace a la concepción positivista del derecho y el carácter controvertido del razonamiento jurídico. El positivismo jurídico afirmaría que las condiciones de validez jurídicas están determinadas por ciertas reglas o convenciones sociales que prevalecen en una comunidad. Tales convenciones identificarían qué acciones o procedimientos crean el derecho (*i.e.*, identificarían las fuentes del derecho). En este contexto, una norma puede ser considerada como jurídicamente válida sólo si su validez deriva de alguna fuente identificada por las reglas convencionales correspondientes. Para Dworkin, esta caracterización convencionalista de la validez jurídica sería incapaz de explicar cómo podría el derecho instituir deberes o derechos subjetivos en los casos controvertidos. Las convenciones se basan en un patrón de acuerdo, una convergencia de creencias; una vez que su aplicación se torna problemática, no habría fundamento alguno para seguir argumentando sobre la base de estas convenciones dado que por hipótesis habría cesado su fuerza vinculante. Por lo tanto, según la tesis convencionalista del positivismo jurídico, no existiría ninguna norma obligatoria en los casos controvertidos. Para Dworkin tal conclusión es completamente insatisfactoria porque tanto los abogados como los jueces consideran que muchas normas son jurídicamente obligatorias a pesar de su innegable naturaleza problemática. Por ello, concluye que el positivismo resulta evidentemente falso al estar ligado a la concepción de que el derecho no puede ser objeto de controversia.¹³

El problema central que traería aparejada la falacia del agujón semántico estaría dado, entonces, porque desde tales presupuestos no se podría dar cuenta de los desacuerdos en el derecho. La hipótesis de la que parte Dworkin, esto es, que el concepto doctrinario de derecho sería un concepto interpretativo, permitiría explicar las formas de acuerdo y desacuerdo acerca del derecho que se verifican actualmente en la práctica jurídica, mientras que la hipótesis alternativa según la cual el concepto doctrinario es un concepto determinado exclusivamente por sus criterios de uso o un concepto de clase natural, no permitiría hacerlo.¹⁴

¹³ Cf. Marmor, 1992, p. 20.

¹⁴ Cf. Dworkin, 2006, p. 12.

A partir de estas ideas se puede entender mejor lo que Dworkin parece presuponer al adjudicarle injustificadamente a Hart la solución antes comentada para el caso de la señora Sorenson: la tesis de las fuentes sociales, característica del positivismo defendido por Hart, estaría comprometida con la idea de que no existe regla jurídica alguna cuando el contenido del derecho es objeto de controversia. Si ello fuera así, no se podría afirmar que la señora Sorenson posee un derecho subjetivo de carácter jurídico a la reparación de los daños dado que no existiría una regla en tal sentido, en la medida en que de acuerdo con el planteo del caso existiría una profunda controversia al respecto.

El desafío que Dworkin plantea al positivismo podría entonces reconstruirse de la siguiente forma:

1. El positivismo defiende la tesis de las fuentes sociales, esto es, que la existencia y el contenido del derecho pueden identificarse por referencia a fuentes sociales.
2. La tesis de las fuentes sociales implica que la existencia de una regla jurídica depende del acuerdo en la comunidad acerca de sus casos de aplicación correcta.
3. Si se afirma la tesis de las fuentes sociales, entonces se incurre en la falacia del aguijón semántico: suponer que el concepto doctrinario de derecho no es un concepto interpretativo.
4. Si se niega que el concepto doctrinario de derecho sea interpretativo, no se puede dar cuenta de manera satisfactoria de los desacuerdos existentes en la práctica jurídica.

3. Cómo discutir a Dworkin

La reconstrucción presentada sirve para distinguir las diferentes estrategias de respuesta que el positivismo jurídico tiene a su disposición y para evaluar los méritos de cada una de ellas. En principio, el positivismo podría responder al desafío de Dworkin negando que la conclusión se siga de las premisas (*i.e.*, que 4 se derive lógicamente de 1, 2 y 3) o rechazando alguna de ellas. La primera alternativa no parece demasiado tentadora porque concede a Dworkin demasiado: decir que existe algún error en la inferencia o que el argumento constituye una falacia deja en pie las premisas 2 y 3, que parecen bastante peligrosas

para el positivismo jurídico por sí solas. La segunda alternativa parece un camino más prometedor, siempre que se tenga en claro cuáles son las consecuencias que se siguen de rechazar las distintas premisas.

Una primera forma de evitar la conclusión podría consistir en rechazar la premisa 1. De hecho, desde la originaria crítica de Dworkin al positivismo y, fundamentalmente, a partir del *Poscript* de Hart a *El concepto de derecho*, se ha abierto un fuerte debate en el interior del positivismo sobre cómo articular sus tesis básicas, incluida la tesis de las fuentes sociales. Sin embargo, se distorsionaría el debate si se considerara que alguna posición llega a negarla: más bien parece que las distintas posturas intentan precisar qué contenido corresponde otorgarle. Es cierto que una forma de presentar la actual disputa entre la versión excluyente y la versión incluyente del positivismo consiste en considerar que el primero afirma, mientras que el segundo niega, la tesis de las fuentes sociales. De acuerdo con esta presentación, cada una de estas posturas defiende una interpretación diferente de la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral, una fuerte (la de los positivistas excluyentes) y una débil (la de los positivistas incluyentes). Para los primeros, nunca se requeriría de una evaluación moral para determinar si una norma forma o no parte del derecho; para los segundos, en cambio, esta sería una cuestión contingente que dependería de lo que establezca la regla de reconocimiento de cada sistema jurídico. De conformidad con esta presentación de la polémica, ambas posturas coincidirían en rechazar la existencia de una conexión necesaria entre el derecho y la moral, pero discrepan justamente en la aceptación por parte de los excluyentes y el rechazo por los incluyentes de la tesis de las fuentes sociales del derecho.

De todos modos, esta no parece ser una buena forma de entender el debate entre el positivismo incluyente y el positivismo excluyente. Coleman, por ejemplo, sostiene que el compromiso del positivismo jurídico con la tesis de las fuentes sociales podría ser satisfecho si se la redefine de manera que ella no requiera que toda norma tenga una fuente social (lo que sería el rasgo distintivo del positivismo excluyente), sino que se exija una fuente social sólo para la regla que establece los criterios de validez jurídica.¹⁵ En similar sentido, Moreso considera que el positivismo incluyente no niega la tesis de las fuentes sociales, sino

¹⁵ Cf. Coleman, 1998, pp. 257-297.

que afirma una versión débil de ella: la existencia y contenido del derecho en cierta sociedad dependen de un conjunto de hechos sociales (*i.e.*, un conjunto de acciones de los miembros de dicha sociedad), los que pueden contingentemente recurrir a consideraciones morales que, en tal caso, se tornarían jurídicamente válidas.¹⁶

Si se descarta la alternativa de abandonar la tesis 1, otra forma de evitar la derivación de la conclusión de que el positivismo no podría dar cuenta de manera satisfactoria de los desacuerdos acerca del derecho podría consistir en rechazar la premisa 3. Para ello sería necesario mostrar que es posible sostener a la vez la tesis de las fuentes sociales y que el concepto doctrinario de derecho es interpretativo. Sin embargo, esta estrategia parece insatisfactoria por dos razones: por un lado, porque sigue concediendo demasiado a Dworkin, ya que implica aceptar su más que opinable concepción del significado y, por otro lado, porque no resulta suficiente para evitar la conclusión del desafío.

Con relación a lo primero, Dworkin postula la existencia de tres clases de conceptos: los que dependen exclusivamente de su criterio de uso, los de clases naturales y los interpretativos. Más allá de que toda su construcción parece hacer a un lado un respetable número de siglos de discusión filosófica, resulta difícil comprender cómo funcionan los conceptos interpretativos de acuerdo con la caracterización que propone Dworkin como categoría independiente de los conceptos de clases naturales.¹⁷ Los ejemplos característicos de conceptos interpretativos están dados por los conceptos políticos, como "justicia", "igualdad", "libertad", "democracia", etc. Según su caracterización, los conceptos de clases naturales y los conceptos políticos comparten los siguientes rasgos: ambos se refieren a entidades reales, independientes de los sujetos, y las entidades a las que se refieren poseen una estructura profunda que permite explicar sus propiedades superficiales. A pesar de reconocer esas características comunes, Dworkin justifica su discriminación señalando que los conceptos de clases naturales y los políticos se distinguen por los siguientes rasgos. Por una parte, las entidades a las que se refieren serían diferentes: clases naturales en el primer caso y valores en el segundo. Por otra parte, la estructura profunda de las entidades a las que se refieren también serían distintas: las clases natu-

¹⁶ Cf. Moreso, 2002, pp. 93-116.

¹⁷ Cf. Orunesu, 2008.

rales tendrían una estructura física (ADN o estructura molecular), en tanto que los valores poseerían un núcleo normativo. Según Dworkin, las diferencias señaladas justificarían que los conceptos políticos se entiendan como conceptos interpretativos y que su elucidación no pueda ser descriptiva sino normativa.

Pero si se acepta que los conceptos de clases naturales y los políticos comparten las características señaladas, resulta difícil aceptar que tenga sentido la distinción entre ellos: respecto de ambos tipos se podría descubrir una estructura profunda que compartirían las instancias del concepto, y también en ambos casos algunas o todas las personas que comparten estos tipos de conceptos podrían equivocarse acerca de la naturaleza esencial de sus propiedades. El hecho de que las entidades a las que se refieren sean distintas no resultaría de relevancia desde el punto de vista semántico, como lo demuestra el hecho de que puedan coexistir dentro de la misma categoría (la de los conceptos que dependen exclusivamente de su criterio de uso) conceptos que se refieren a figuras geométricas como “triángulo” y conceptos que se refieren al estado civil de las personas como “soltero”.

Pero más allá de lo anterior, la principal razón por la que debería descartarse la estrategia de negar la premisa 3 es que ello no resulta suficiente para evitar el peligro que supone el desafío de Dworkin para el positivismo. Y ello debido a que la intervención de la premisa 3 resulta relativamente prescindible a los fines del argumento: con las premisas 1 y 2 podría derivarse la siguiente conclusión alternativa:

4'. El positivismo no puede dar cuenta del nivel de desacuerdo que existe en la práctica jurídica.

Esto no parece en absoluto sorprendente: si la tesis de las fuentes sociales del positivismo implica que las *normas jurídicas* pueden identificarse a partir de ciertas convenciones sociales, y las normas jurídicas se expresan a través de ciertas expresiones lingüísticas, el positivismo estaría comprometido con una cierta concepción convencionalista de la interpretación, lo que a primera vista conduce de manera directa a la dificultad señalada por Dworkin para dar cuenta de los desacuerdos acerca del derecho. La postura que se asuma respecto de las características del concepto de derecho sería entonces una cuestión de la que podría prescindirse.

4. Fuentes sociales y desacuerdos

El único camino que quedaría disponible para que el positivismo pueda responder al desafío de Dworkin sería rechazar la premisa 2. Para ello se debería explicar el alcance de la tesis de las fuentes sociales de manera que no implique necesariamente que la existencia de una regla jurídica depende del acuerdo respecto de sus casos de aplicación. No obstante, algunos positivistas de relieve parecen aceptar esa idea. Endicott, por ejemplo, considera que si bien Hart no sostiene expresamente que una regla existe sólo cuando hay un acuerdo acerca de sus casos de aplicación, ello parecería derivarse implícitamente de su forma de concebir la tesis de las fuentes sociales y de la textura abierta del derecho; aunque, en última instancia, rechaza que tal derivación tenga justificación.¹⁸ Marmor, en cambio, sí parece comprometerse expresamente con esta idea. Al desarrollar sus críticas al positivismo incluyente, cuestiona el argumento según el cual determinar lo que la regla de reconocimiento realmente exige en casos particulares podría depender de la argumentación moral. Dicho argumento concluiría que al menos en ciertas ocasiones, determinar lo que *es* el derecho dependería de consideraciones morales acerca de lo que *debe ser* el derecho.¹⁹ Al respecto, Marmor sostiene:

...Pero la debilidad fundamental del argumento bajo consideración es que él asume que existe una potencial brecha entre la convención que constituye una regla y su aplicación, una brecha que podría ser salvada a través de argumentos morales o políticos. La principal respuesta a esto es que tal brecha no existe. Una convención está constituida por la práctica de su aplicación a casos particulares. No es cierto que primero tengamos la formulación de una regla, por ejemplo, que la convención "R" prescribe esto o aquello, y luego intentemos decidir cómo aplicar R a casos particulares (y, por consiguiente –como lo pretende esta versión–, a veces sepamos la respuesta y a veces discutamos sobre ella). Las convenciones son lo que son porque existe una práctica de aplicarla a ciertos casos: es la aplicación de la regla lo que constituye su propia existencia. Una vez que no resulta claro a los sujetos normativos si la

¹⁸ Cf. Endicott, 2007, pp. 311-326.

¹⁹ Cf. Marmor, 2001, pp. 47-70.

convención se aplica o no a cierto caso, no existe solución convencional sobre esa cuestión, y al menos en cuanto respecta a la convención, ese es el final de la historia. La gente puede tener diferentes opiniones sobre qué convención desearían tener en tales circunstancias (o sobre cómo les agradaría resolver el problema al que se enfrentan), pero no pueden sostener ningún argumento sensato sobre lo que la convención *realmente* exige en esos casos controvertidos. La única realidad que existe respecto de una convención es la práctica real de su aplicación: una práctica social. En el caso de las reglas convencionales no existe ninguna brecha entre la regla y su aplicación, una brecha que pueda salvarse a través de un razonamiento interpretativo que privilegie una aplicación sobre otra. Cuando la aplicación de una convención no es clara, no existe convención sobre la cuestión.²⁰

Aquí Marmor sostiene de manera explícita que una norma convencional está constituida por la práctica de su aplicación a casos particulares, en el sentido de que su existencia depende exclusivamente de dicha práctica. El desafío de Dworkin al positivismo tiene la virtud de poner de relieve una dificultad que debe enfrentar quien defiende esta idea: si se considera que la tesis de las fuentes sociales implica aceptar que las normas jurídicas son convencionales en este sentido, la falta de acuerdo en la aplicación de una norma jurídica *siempre* indica que no existe una solución jurídica para tal caso, de lo que cabe concluir que el positivismo no podría afirmar que una norma jurídica existe a pesar de los desacuerdos acerca de su contenido.

Una forma distinta de interpretar la tesis de las fuentes sociales es la propuesta por Riccardo Guastini. Para el profesor italiano, el positivismo jurídico simplemente afirma que identificar un texto normativo como derecho es algo que se puede hacer sin valoraciones; pero nada diría sobre cómo determinar su contenido.²¹ Para justificar estas consideraciones Guastini se apoya en una concepción escéptica de la interpretación, según la cual la legislación es fuente de formulaciones normativas (*i.e.*, de símbolos a través de los cuales se expresan las normas jurídicas) y no de normas en sentido estricto (*i.e.*, de significados que

²⁰ Marmor, 2001, pp. 57-58, la traducción nos pertenece.

²¹ Cf. Guastini, 2006, pp. 277-293.

se atribuyen a las formulaciones normativas por medio de su interpretación):

En cierto sentido la interpretación es la verdadera fuente de las normas jurídicas, ya que “sólo son palabras lo que el legislador emite”, y los textos legales “no se interpretan a sí mismos”. Lo que quiero decir es que las autoridades legislativas no expresan significados (normas), sino textos, cuyos contenidos significativos normativos –esto es, las normas expresadas– han de ser detectados a través de la interpretación. Esto no significa decir que los textos legales no tengan *ningún significado en absoluto* antes de la interpretación. El escepticismo sólo sostiene que antes de la interpretación los textos legales no tienen *ningún significado definitivo* puesto que son susceptibles de diversas interpretaciones.²²

Desde este punto de vista, los desacuerdos acerca del alcance y la aplicación de una norma jurídica nunca podrían afectar a la tesis de las fuentes sociales, dado que ella sólo se referiría a las formulaciones normativas y no a las normas jurídicas en sentido estricto. Es cierto que por más que la formulación permanezca constante, cada vez que se modifique el significado que se le atribuye se modificará la norma jurídica y, con ello, el derecho. Pero más allá de tales cambios, se podría afirmar que el derecho existe a pesar de que se verifiquen profundos desacuerdos acerca de su contenido: los desacuerdos sólo mostrarían que los textos jurídicos son susceptibles interpretaciones sincrónicamente múltiples y diacrónicamente cambiantes.²³

Dworkin yerra al considerar que la tesis de las fuentes sociales *necesariamente* implica que la existencia de una norma jurídica depende del acuerdo acerca de sus casos de aplicación. Sin embargo, mostrar que Dworkin está equivocado en su desafío al positivismo no es suficiente para que el positivismo pueda considerarse una concepción viable. El problema de interpretar la tesis de las fuentes sociales como lo sugiere Guastini radica en que torna al positivismo en una posición demasiado débil, que resultaría compatible con el más ingenuo iusnaturalismo definicional. El rasgo característico de tal postura consiste en afirmar que una norma injusta no puede ser parte del derecho; pero en tanto las cualidades de justicia e injusticia son predicables de las nor-

²² Guastini, 2005, pp. 141, la traducción nos pertenece.

²³ Cf. Guastini, 1999, p. 347.

mas y no de textos no interpretados, se podría sostener la tesis de las fuentes sociales siendo iusnaturalista en este sentido sin ningún tipo de conflicto.

Podría decirse que la interpretación de Marmor de la tesis de las fuentes sociales la vuelve demasiado exigente, mientras que la defendida por Guastini parece convertirla en algo casi trivial. Sin embargo, las dos señalan aspectos imprescindibles en la explicación de los desacuerdos jurídicos: aunque resulta exagerado sostener que los desacuerdos en los casos de aplicación siempre indican que no existe una solución jurídica, tanto los acuerdos como los desacuerdos en la aplicación de las normas deben ser tomados en cuenta en una caracterización positivista del derecho. De manera similar, decir que los hechos sociales sólo sirven para identificar formulaciones normativas es insuficiente, pero representa un paso necesario para poder explicar el alcance de la tesis de las fuentes sociales. De todos modos, si las únicas dos formas de interpretar la tesis de las fuentes sociales fueran éstas, el positivismo debería ser rechazado aunque Dworkin esté –como lo está– equivocado.

Además de atribuir al positivismo como si fuese necesaria una interpretación de la tesis de las fuentes sociales que admite varias lecturas alternativas, Dworkin ni siquiera alcanza a advertir todas las consecuencias que se siguen de aceptar la idea de que una norma sólo existe si hay acuerdo sobre sus casos de aplicación; es decir, no parece ser consciente de que la incapacidad de explicar los desacuerdos es sólo una de las facetas de un problema de mayor complejidad.

5. Fuentes sociales y normas

Una cuestión capital para la comprensión de las normas en general es si realmente puede sostenerse que todas ellas deben su existencia a la formulación de ciertas expresiones lingüísticas. Supóngase que se tiene que determinar si cierta norma lingüísticamente formulada se aplica a un cierto caso. Existen, como parece obvio, aplicaciones correctas e incorrectas de una norma, de modo que determinar *correctamente* si cierta norma se aplica a un cierto caso requiere de una evaluación normativa que esa misma norma no puede ofrecer. Por esta razón es que Ludwig Wittgenstein sostenía que, dado que aplicar una regla a cierto caso requiere de una interpretación, y como no puede existir una cade-

na infinita de interpretaciones para justificar la aplicación de cualquier regla, tiene que existir una *captación* de una regla –un modo de comprender su alcance– que no sea ella misma una interpretación.²⁴ Wilfrid Sellars ofrece un argumento similar: parece natural considerar que aprender a usar un lenguaje consiste en aprender las reglas que establecen cómo deben emplearse sus términos. Sin embargo, si esto fuera así, para aprender un cierto lenguaje L deberíamos aprender las reglas de L, pero esas reglas deberían también estar formuladas en algún lenguaje, llámémoslo ML. Por consiguiente, para aprender L deberíamos previamente aprender otro lenguaje ML. Y, por supuesto, siguiendo idéntico razonamiento, debería admitirse que para poder aprender ML deberíamos previamente comprender sus reglas, formuladas en otro lenguaje MML, lo que llevaría a concluir que aprender a usar cualquier lenguaje conduciría inevitablemente a un regreso al infinito.²⁵

Lo que se desprende de estas consideraciones es que el uso de normas lingüísticamente formuladas presupone la existencia de otras normas que no pueden tener una formulación explícita y que, por consiguiente, la idea de identificar a las normas con reglas formuladas explícitamente está condenada al fracaso: existen normas implícitas en nuestras prácticas que no dependen de ninguna formulación en un lenguaje, y que juegan un papel fundamental para la comprensión del funcionamiento de aquellas que sí deben su existencia a cierta formulación lingüística.²⁶

Ahora bien, el fracaso de esta tesis reduccionista y la admisión de normas implícitas en nuestras prácticas todavía no dice nada sobre las características de estas últimas o siquiera de cómo es posible que existan. Y, de acuerdo con Brandom, los intentos de respuesta a estas preguntas corren el riesgo de colapsar en otra tesis reduccionista tanto o más peligrosa que la anterior: la de identificar a las normas con meras *regularidades* de conducta y, así, perder toda posible distinción entre lo que *es* y lo que *debe ser*. Pues si las normas sólo son relevantes para describir regularidades de conducta (lo que Hart denominaba meros *hábitos*, como el de tomarse vacaciones en un cierto período del año, por contraste con *reglas sociales*, como la de saludar a los compañe-

²⁴ Cf. Wittgenstein, 1953.

²⁵ Cf. Sellars, 1954, pp. 204-228.

²⁶ En este sentido, Brandom, 1994, capítulo I.

ros de trabajo cada mañana),²⁷ actuar de acuerdo con una norma sería simplemente producir la acción que resulta regular de acuerdo con ella, de modo que no habría ninguna diferencia entre el modo en el que, por ejemplo, cumpliríamos con la norma que nos obliga pagar nuestros impuestos y el modo en el que los objetos inanimados cumplen con las leyes de la naturaleza. Existe también un argumento concluyente de Wittgenstein contra esta reducción de las normas a simples regularidades de conducta: cualquier conjunto de conductas pasadas no revela una sino una multiplicidad de regularidades, de modo que una conducta futura puede ser juzgada como correcta o incorrecta de acuerdo con cualquiera de esas distintas regularidades, lo que lleva a que prácticamente cualquier conducta futura pueda hacerse concordar con alguna regularidad identificada a partir de conductas pasadas, y esto sería tanto como decir que no disponemos de ninguna pauta de corrección.²⁸

Existe un notorio paralelismo entre estas dos concepciones reduccionistas de las normas y las interpretaciones que ofrecen Guastini y Marmor de la tesis positivista de las fuentes sociales. Así, en la versión defendida por Guastini, el positivismo le asignaría relevancia a ciertos hechos sociales para la identificación de ciertos textos, y las normas jurídicas serían el fruto de la interpretación de tales textos. Pero entonces, la existencia de las normas jurídicas dependería siempre de su formulación en el lenguaje, lo cual conduciría al regreso al infinito señalado por los argumentos de Wittgenstein y Sellars. El escepticismo de Guastini en torno a la interpretación equivale al reconocimiento de que los textos legales son susceptibles de diversas interpretaciones entre las cuales no dispondríamos de pauta de corrección alguna. En definitiva, esta concepción resulta insatisfactoria porque no toma en cuenta que para identificar el contenido de las normas jurídicas es imprescindible aceptar la existencia de normas implícitas en la práctica, cuya existencia no depende de su formulación en el lenguaje.

La posición de Marmor, por su parte, importa adoptar la forma alternativa de reduccionismo: las normas equivalen a regularidades. Al sostener que la única realidad de una norma convencional es la práctica de su aplicación, y siendo que esa práctica está conformada por un conjunto de aplicaciones que resultan compatibles con una multiplici-

²⁷ Cf. Hart, 1961.

²⁸ Cf. Wittgenstein, 1953.

dad de regularidades distintas, desde este punto de vista no es posible ofrecer respuesta alguna al desafío escéptico desarrollado por Kripke a partir de las ideas de Wittgenstein.²⁹ Si una norma está constituida únicamente por la práctica de su aplicación a casos particulares, entonces ella no puede ofrecer ninguna pauta de corrección puesto que cualquier aplicación futura puede hacerse concordar con alguna regularidad en sus aplicaciones pasadas.

Como consecuencia de lo señalado hasta aquí, las versiones aceptables de la tesis de las fuentes sociales tienen que situarse en algún punto intermedio entre el umbral que fija Guastini y el techo que supone el punto de vista de Marmor. No pueden limitarse a sostener que las convenciones sociales sólo permiten identificar textos, pero tampoco pueden considerar que las normas se identifiquen con los acuerdos respecto de sus casos de aplicación. Tienen que permitir dar cuenta de las normas implícitas en nuestras prácticas de uso de aquellas que se encuentran formuladas explícitamente en el lenguaje que no haga colapsar a las primeras con meras regularidades de conducta. Una explicación satisfactoria de este fenómeno resulta, por otra parte, imprescindible para justificar la tesis de la indeterminación parcial en cuanto a la interpretación, según la cual si bien toda norma tiene ineludiblemente casos problemáticos de aplicación, también existen pautas de corrección que no exigen un regreso al infinito de nuevas interpretaciones. De este modo, además, se podría ofrecer una explicación de los desacuerdos acerca del derecho libre de las objeciones de Dworkin.

6. Positivismo y desacuerdos acerca del derecho

Haciendo un breve repaso de lo expuesto, es posible puntualizar las siguientes equivocaciones en las que incurre Dworkin en su crítica al positivismo jurídico. Primero, reconstruye la teoría de Hart de una forma inaceptable en el marco de un debate sincero y bien intencionado. Segundo, atribuye al positivismo como necesaria una cierta interpretación de la tesis de las fuentes sociales cuando ella admite varias lecturas alternativas, en particular una que sólo muy pocos positivistas estarían dispuestos a aceptar. Tercero, piensa que la dificultad del po-

²⁹ Cf. Kripke, 1982.

sitivismo para dar cuenta de los desacuerdos acerca del derecho deriva de la postura que asume respecto de las características del concepto de derecho cuando, en realidad, es independiente de esa cuestión. Cuarto, no advierte todas las consecuencias que se siguen de aceptar la idea de que una norma sólo existe si hay acuerdo sobre sus casos de aplicación, que van mucho más allá de la imposibilidad de explicar los desacuerdos acerca del derecho. Resaltar estas equivocaciones resulta útil porque permite identificar el camino que puede recorrer el positivismo para dar cuenta de los desacuerdos sobre el derecho y plantear algunas dudas en torno a la propuesta alternativa de Dworkin.

La tesis de las fuentes sociales, que constituye un rasgo característico del positivismo jurídico, supone adoptar una concepción convencionalista acerca del derecho. Pero el acuerdo que resulta relevante para identificar el contenido del derecho desde tal concepción no es un acuerdo explícito sobre los casos de aplicación de las reglas jurídicas –tal como lo supone el reduccionismo convencionalista de Marmorino el que recae sobre los criterios que guían el uso de tales reglas. De conformidad con lo que Juan Carlos Bayón califica como *convencionalismo profundo*, para poder afirmar que una comunidad comparte efectivamente ciertos criterios de corrección no es necesario que cada uno (y ni siquiera que alguno) de sus miembros sea capaz de expresar exhaustivamente dichos criterios, ni que haya acuerdo perfecto en sus aplicaciones efectivas. 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 las reglas jurídicas, 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 sólo requiere un conocimiento tácito de los criterios de corrección, por lo que a cada individuo no tienen que resultarle perfectamente transparentes. La respuesta a la pregunta acerca de qué requiere una regla jurídica en un caso determinado no está dada simplemente por la constatación de lo que el conjunto de la comunidad sostenga al respecto. El acuerdo mayoritario no garantiza que ésa sea la respuesta correcta, ni la eventual falta de acuerdo implica necesariamente que no haya una respuesta correcta, porque es el trasfondo de criterios compartidos lo que define como correctas a las

aplicaciones de las reglas jurídicas y no el acuerdo explícito en torno a sus aplicaciones concretas.³⁰

Si el convencionalismo que subyace a la tesis de las fuentes sociales se entiende de esta manera, entonces el positivismo puede explicar los desacuerdos acerca del derecho de una forma mucho más interesante que la que supone Dworkin. La distinción entre los casos de aplicación de una regla y los criterios que guían su aplicación permite discriminar dos formas distintas de acuerdos y desacuerdos. Un acuerdo o desacuerdo es *superficial* cuando se refiere a los casos de aplicación de una regla, mientras que es *profundo* cuando recae sobre los criterios que guían tales aplicaciones. La combinación que puede presentarse entre estas formas de acuerdo y desacuerdo permite diferenciar cuatro situaciones:

- a) acuerdo superficial y acuerdo profundo;
- b) desacuerdo superficial y desacuerdo profundo;
- c) acuerdo superficial y desacuerdo profundo;
- d) desacuerdo superficial y acuerdo profundo.

El reduccionismo convencionalista de Marmor asumiría, por ejemplo, que la discrepancia de los juristas acerca de si el derecho le permite reclamar a la señora Sorenson la reparación de los daños sufridos por el consumo de *inventum* a todas las compañías que producían la droga durante el tiempo que ella la consumió, implica necesariamente que no hay una solución jurídica para ese caso porque todo desacuerdo superficial implica la existencia de un desacuerdo profundo (*i.e.*, se trata a todas las situaciones de tipo d) como si fueran de tipo b)). Adoptando el convencionalismo profundo, en cambio, el positivismo afirmaría que puede existir una solución jurídica para el caso a pesar de los desacuerdos: todo dependería de que en la práctica de aplicar las reglas sobre responsabilidad civil en la comunidad de la señora Sorenson pudieran identificarse acuerdos acerca de los criterios que guian la apli-

³⁰ Cf. Bayón, 2002, pp. 78-81. Conviene aclarar que el aceptar la distinción –claramente presentada por Bayón– entre el acuerdo acerca de los casos de aplicación y el acuerdo acerca de los criterios que guían esa aplicación, no implica aceptar que una convención que remite a un criterio no convencional es una convención vacía. Por razones que fueron expuestas en otro trabajo, consideramos que una convención semejante es una convención parcial pero no vacía, como también lo son las convenciones profundas respecto de los criterios que guían la aplicación de reglas (Cf. Orunesu-Perot-Rodríguez, pp. 73 y ss.).

cación de tales reglas. Identificados tales acuerdos, sería posible admitir que existe una solución jurídica para el caso porque al desacuerdo superficial subyacería un acuerdo profundo (*i.e.*, se trataría de una situación de tipo d)). En tal caso, podría afirmarse que la señora Sorenson poseía un derecho a la indemnización de los daños preexistente a la decisión del juez, y si el juez no se lo reconoce su decisión sería por tal razón equivocada. Si en cambio no existen tales acuerdos acerca de los criterios que guían la aplicación de las reglas, entonces no podría afirmarse que haya una solución jurídica para el caso de la señora Sorenson que sea preexistente a la decisión del juez (*i.e.*, se trataría de la situación de tipo b)). De todos modos, conviene aclarar que esto no implica de ninguna forma que el positivismo deba afirmar que la señora Sorenson no tiene derecho a la indemnización que reclama: las reglas secundarias del sistema jurídico podrían autorizar al juez a decidir discrecionalmente o a tomar en cuenta normas morales para morigerar la aplicación de las reglas jurídicas, cuando de su aplicación resulten consecuencias injustas. También es posible que la regla de reconocimiento tome como fundamento para incorporar una regla al sistema el hecho de que un juez la emplee para justificar una excepción en alguna de las ya existentes.³¹ Aunque estas posibilidades no permitan decir que el derecho a la indemnización es preexistente a la decisión, sí hace posible afirmar que ese derecho subjetivo tiene carácter jurídico.

Seguramente estas respuestas no dejarían satisfecho a Dworkin, porque desde su punto de vista el juez estaría obligado reconocer el derecho que reclama la señora Sorenson en virtud de una norma que no posee origen social, pero que forma parte del derecho en virtud de sus méritos sustantivos. Lo interesante de su forma de explicar los desacuerdos es que, además de suponer el rechazo del positivismo, posee una similitud y dos diferencias con la explicación que propone el convencionalismo profundo. La similitud consiste en presuponer la existencia de criterios de corrección que son independientes del acuerdo en los casos de aplicación de las reglas. La primera diferencia reside en que el criterio de corrección que utiliza permite identificar una solución jurídica correcta en cualquier caso individual, cualquiera sea el nivel de desacuerdo que exista en la práctica. Esto parece conducirlo a una forma de reduccionismo similar a la de Marmor pero de sig-

³¹ Estas posibilidades están explicadas en Rodríguez, 2008.

no contrario, porque en la lectura dworkiniana se interpreta que a todo desacuerdo superficial subyace siempre un acuerdo profundo (*i.e.*, todas las situaciones de tipo b) se tratan como si fueran de tipo d)). Claro está que Dworkin no aceptaría esta presentación, porque la segunda diferencia entre su posición y la del convencionalismo profundo radica en que su criterio de corrección no sería un criterio meramente convencional.

Una vez demostrado que el positivismo puede explicar los desacuerdos acerca del derecho desde sus propios compromisos conceptuales, e identificadas las principales diferencias con la propuesta de Dworkin, salen a la luz los importantes desafíos que se presentan a la teoría interpretativa que propone como alternativa. Exponer esos desafíos de forma precisa excedería el objeto del presente trabajo; sin embargo, lo dicho hasta aquí permite al menos dejar señaladas algunas dudas. Por una parte, no resulta claro por qué habría que darle la razón a Dworkin en su insistente proclama de que la teoría interpretativa refleja de mejor manera las intuiciones de los juristas. Si bien es cierto que abogados y jueces muchas veces consideran que el derecho existe a pesar de persistentes desacuerdos acerca de la aplicación de las reglas jurídicas, parece exagerado que ello obligue admitir apriorísticamente que todos los desacuerdos que puedan presentarse en la práctica del derecho, en cualquier comunidad y acerca de la aplicación de cualquier regla, son en todos los casos superficiales porque siempre existe un criterio sustantivo que determina una respuesta correcta. Por otra parte, como algunos autores ya lo han señalado con precisión,³² su concepción de la única respuesta correcta parece exigir compromisos semánticos y metaéticos mucho más robustos que los que Dworkin pretende asumir explícitamente. Si eso es cierto, como parece serlo, entonces habría que evaluar con precisión si su explicación de los desacuerdos puede satisfacer la doble exigencia de ser internamente consistente con la abstinencia metafísica que invoca y, a la vez, no colapsar con las explicaciones internamente consistentes que pueden brindar las distintas versiones del positivismo y el iusnaturalismo.

Las dudas expresadas presuponen que el enfrentamiento entre el positivismo y la teoría interpretativa de Dworkin es un desacuerdo teórico, en el sentido de que discrepan acerca de cuál es la mejor forma de

³² Cf. Moreso, 1997, p. 205 y 2008; Raz, 2001 y Rodríguez-Blanco, 2001.

dar cuenta de los desacuerdos en la práctica jurídica. Las posiciones serían irreconciliables en este punto porque el positivismo considera que la naturaleza convencional del derecho implica que el derecho tiene ciertos límites, mientras Dworkin sostiene que la práctica interpretativa permite siempre identificar una única respuesta correcta. Recientemente Moreso ha sugerido entender la propuesta de Dworkin como una invitación a tratar los desacuerdos acerca del derecho como si fuesen genuinos, como una invitación para revisar el fundamento subyacente al derecho con el fin de encontrar un equilibrio reflexivo entre la práctica jurídica y nuestras convicciones normativas.³³ Si se acepta esta sugerencia, el enfrentamiento entre el positivismo y la teoría interpretativa desaparece por completo, porque el primero sería una propuesta teórica o conceptual y la segunda tendría carácter normativo.

De todos modos, la posición de Dworkin sigue despertando serios reparos aunque se la entienda de esa forma. Si bien parece saludable recomendar a jueces y juristas que se esfuerzen por identificar una solución derivable del derecho en casos donde los desacuerdos son persistentes, resulta dudoso que sea saludable exigir ese esfuerzo aún en los casos en los que existe un desacuerdo profundo. No sólo porque insistir en que se debe encontrar una respuesta correcta cuando no existe acuerdo sobre los criterios que guían la aplicación de las reglas es pedir algo imposible, sino porque se corre el riesgo de que a través de una falacia bastante común pueda llegar a pensar que la respuesta que de hecho se dé en esos casos es la respuesta correcta. Los límites del importante rol institucional que deben desempeñar los jueces en las democracias constitucionales contemporáneas parecieran desvanecerse si se acepta esa idea. Como decía Rousseau, pueden utilizarse métodos de razonamiento menos problemáticos que aquellos que siempre justifican el derecho por el hecho, pero seguramente serán menos favorables para los tiranos.³⁴

³³ Cf. Moreso, 2008.

³⁴ Cf. Rousseau, 1762, p. 5.

Bibliografía

- Bayón, Juan Carlos, “Derecho, convencionalismo y controversia”, en Pablo Navarro y Cristina Redondo (comp.), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona, Gedisa, 2002. pp. 57-92.
- Brandom, Robert, *Making it Explicit. Reasoning. Representing and Discursive Commitment*, Cambridge (Mass.)-London, Harvard University Press, 1994.
- Coleman, Jules L., “Second Thoughts and Other First Impressions”, en B. Bix (ed.), *Analyzing Law New Essays in Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998. pp. 257-297.
- Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977. Traducción castellana de M. Guastavino, Los derechos en serio, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993.
- Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986.
- Dworkin, Ronald, *Justice in Robes*, Cambridge, Harvard University Press, 2006.
- Endicott, Timothy, “Adjudication in the Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2007. 27 (2). pp. 311-326.
- Guastini, Riccardo, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoría del diritto*, Torino, Giapichelli, 1996. Traducción castellana de Jordi Ferrer Beltrán, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1999.
- Guastini, Riccardo, “A Sceptical View on Legal Interpretation”, en *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, 2005. pp. 139-144.
- Guastini, Riccardo, “Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas e interpretación”, en *Ánalisis Filosófico*, vol. XXVI, N° 2, Noviembre 2006, *Homenaje a Carlos Alchourrón II*, E. Bulygin y G. Palau (comp.), Buenos Aires, SADAF: 277-293.
- Hart, Herbert L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1963. Traducción castellana de Genaro Carrión, *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1963.
- Hart, Herbert L. A., “Postscript” a *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1994. pp. 238-276, traducción castellana de M. Hol-

- guín en *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1997.
- Kripke, Saúl, *Wittgenstein on Rules and Private Language. An Elementary Exposition*, Oxford, Basil Blackwell, 1982. Traducción castellana de Alejandro Tomasini Bassols, *Wittgenstein: Reglas y Lenguaje Privado*, Universidad Autónoma de México, 1989.
- Marmor, Andrei, *Interpretation and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1992. Traducción castellana de Marcelo Mendoza Hurtado, *Interpretación y teoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2001.
- Marmor, Andrei, "Exclusive Legal Positivism", en *Positive Law and Objective Values*, Oxford, Oxford University Press, 2001. pp. 47-70.
- Moreso, José Juan, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticas y Constitucionales, 1997.
- Moreso, José Juan, "En defensa del positivismo jurídico inclusivo", en Pablo Navarro y Cristina Redondo (comps.), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona, Gedisa, 2002. pp. 93-116.
- Moreso, José Juan, "Legal Positivism and Legal Disagreements", inédito. 2008.
- Orunesu, Claudina, *Constitución y democracia. Un estudio filosófico*, tesis doctoral inédita. 2008.
- Orunesu, Claudina; Perot, Pablo y Rodríguez, Jorge, *Estudios sobre la interpretación y dinámica de los sistemas Constitucionales*, Distribuciones Fontamara, México, 2005. Colección Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, dirigida por Ernesto Garzón Valdés y Rodolfo Vázquez.
- Raz, Joseph, "Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison", en J. Coleman (ed.), *Hart's Postscript*, Oxford, Oxford University Press, 2001. Capítulo 1.
- Rodríguez, Jorge L., "Against Defeasibility of Legal Rules", inédito. 2008.
- Rodríguez-Blanco, Verónica, "'Genuine' Disagreements: A Realist Interpretation of Dworkin", en *Oxford Journal of Legal Studies*, 2001, 21, pp. 649-671.

Rousseau, Jean-Jacques, *Du Contrat Social*, 1762. Traducción castellana de María José Villaverde, *El contrato social*, Ediciones Altaya, Barcelona, 1993.

Sellars, Wilfrid, “Some reflections on Language Games”, en *Philosophy of Science*, vol. 21, núm. 3. (jul., 1954), actualmente publicada por The University of Chicago Press, pp. 204-228.

Wittgenstein, Ludwig, *Philosophische Untersuchungen*, Oxford, Basil Blackwell, 1953. Traducción castellana de Alfonso García Suárez y Ulises Moulines, *Investigaciones Filosóficas*, Barcelona, Crítica, 2002.

Recepción: 10/11/2008

Aceptación: 05/05/2009