

## PRÓLOGO

*El libro que el lector tiene en sus manos recoge una serie de ensayos alrededor de la cuestión de los desacuerdos jurídicos. Su razón de ser responde a dos tipos de inquietudes que albergábamos: por un lado, creíamos oportuno reunir en un único volumen las aportaciones más relevantes, obra de los autores más prestigiosos y consolidados de la teoría del derecho contemporánea, acerca de los desacuerdos jurídicos; por otro lado, pretendíamos mostrar algunos de los nuevos caminos por los cuales esta cuestión podría transitar en un futuro próximo.*

*Así pues, pretendemos dar una panorámica acerca de cómo están las cosas pero también acerca de cómo podrían estar.*

*Sobre la base de estos dos criterios, el volumen incluye desde teóricos consolidados de la comunidad angloamericana, pasando por autores igualmente consolidados de la comunidad iusfilosófica de civil law, hasta jóvenes autores pertenecientes también al ámbito continental-latinoamericano.*

*Hemos agrupado los ensayos en diferentes secciones de forma temática.*

*En la primera sección, «Para una primera panorámica de los desacuerdos jurídicos», hemos agrupado dos planteamientos iniciales posibles de la cuestión de los desacuerdos. En primer lugar, en «Los desacuerdos jurídicos. Un mapa conceptual», firmado por Pau LUQUE, el lector encontrará un mapa conceptual cuyo propósito es el de trazar una guía preliminar y general acerca de la cuestión bajo examen. Para ello, se reconstruye tanto el debate iusfilosófico anglo-americano como el continental. En segundo lugar, en «Para una taxonomía de las controversias entre juristas», Riccardo GUASTINI distingue entre siete tipos diferentes de desacuerdos que se dan habitualmente entre juristas. Para ello reconstruye en clave de controversia algunas de las cuestiones de las que se ocupa la teoría del derecho de corte analítico continental contem-*

*poránea: los problemas de interpretación debido a la ambigüedad sintáctica o semántica y a la vaguedad de los términos usados en los enunciados normativos del derecho; el problema de las lagunas en el derecho; las discrepancias acerca de los métodos de interpretación; la obtención de normas implícitas en el derecho; las antinomias; el sub-conjunto de desacuerdos que generan los principios morales y jurídicos entre los juristas; y las controversias entre tesis dogmáticas contrastantes o simplemente diferentes.*

*El segundo bloque, «El argumento del desacuerdo», está dedicado a analizar y rebatir el desafío planteado por DWORKIN al positivismo hartiano sobre la base de la noción de desacuerdo teórico entre los juristas. En él, se encontrará en primer lugar «Cómo explicar los desacuerdos entre juristas», cuyo autor, Brian LEITER, pone énfasis, frente al desafío de R. DWORKIN, en la mayor capacidad explicativa del positivismo jurídico contemporáneo para dar cuenta del derecho, en cuya base encontramos un acuerdo masivo entre los diversos operadores jurídicos. Y para los casos marginales en que en lugar de acuerdo encontramos discrepancia, LEITER afirma que el positivismo jurídico tiene a su disposición dos explicaciones, la teoría del error y la explicación hipócrita, que están en condiciones de competir y superar a la concepción dworkiniana. A continuación, en «Dos problemas de una respuesta positivista al desafío de los desacuerdos teóricos sobre el derecho», Pau LUQUE pone de relieve algunas dificultades que la respuesta de Leiter debe afrontar. En primer lugar, considera que el iuspositivismo, tal y como es concebido por LEITER, puede ser una buena reconstrucción del fenómeno jurídico estadounidense, pero apela a unas particularidades de este sistema que complicarían su clasificación como una teoría general del derecho. En segundo lugar, considera que la teoría del error no resulta adecuada para explicar los desacuerdos en el derecho. En el último artículo de este bloque, «La falacia del doble deber y los “desacuerdos teóricos” en el derecho», Kevin TOH afirma que The Concept of Law fue la última ocasión en que la filosofía del derecho de corte angloamericano abordó los problemas iusfilosóficos clásicos de una manera adecuada. Para mostrarlo pone en tela de juicio algunos de los compromisos conceptuales adquiridos, de manera innecesaria, según TOH, por parte de los positivistas post-hartianos. Si los positivistas reconsideran algunos de estos compromisos, dice TOH, podrán responder en mejores condiciones a los nuevos desafíos, entre ellos la objeción dworkiniana basada en el desacuerdo.*

*El tercer bloque, «Los desarrollos del debate alrededor del argumento del desacuerdo», se ocupa de mostrar algunas posibilidades sobre las que el debate HART-DWORKIN podría girar pero que no han sido exploradas por los teóricos anglo-americanos. Así, en primer lugar, «Desacuerdos acerca del derecho», de Pablo M. Perot y Jorge L. Rodríguez, intenta mostrar que la objeción dworkiniana sólo resulta plausible si la tesis de las fuentes sociales, sostenida por el positivismo hartiano, es interpretada en el sentido de que la existencia de normas requiere un acuerdo acerca de sus casos de aplicación correcta. Pero para estos*

*autores, tal interpretación no sólo no es necesaria para sostener el positivismo jurídico, sino que con una interpretación alternativa a la dworkiniana, pero también a la iusrealista, consideran que el positivismo puede proveer una mejor explicación que su rival dworkiniano a la cuestión sometida a discusión en este volumen. En segundo lugar, en «Los desacuerdos jurídicos y la “doble naturaleza” del derecho», Andrea DOLCETTI y G. B. RATTI plantean una defensa del positivismo jurídico desentrañando algunas ambigüedades de la teoría dworkiniana y, sobre la base de la distinción disposición normativa/norma, fundamental en el seno del realismo jurídico genovés, afirman que un sistema jurídico puede existir aun cuando el potencial desacuerdo acerca del contenido de significado de las disposiciones normativas esté ampliamente extendido, y que el positivismo de extirpe hartiana, con algunas modificaciones, es perfectamente capaz de dar cuenta del fenómeno jurídico ya que lo decisivo es el acuerdo institucional acerca de cuáles son las fuentes. En la última contribución de esta sección, «Una respuesta pluralista al problema de los desacuerdos jurídicos», Diego PAPAYANNIS y Lorena RAMÍREZ atacan una de las vertientes del realismo jurídico —la del realismo jurídico genovés—. Para ellos la imagen del derecho que proporciona el realismo jurídico genovés exagera el carácter controvertido del derecho, algo que intentan mostrar poniendo de manifiesto eventuales debilidades conceptuales de la concepción iusrealista. El artículo termina ofreciendo una extensa clasificación de diferentes tipos de desacuerdos, destinada a refutar la réplica del realismo jurídico al desafío dworkiniano y, por consiguiente, a mantener la vigencia teórica de algunas de las tesis anti-positivistas.*

*En la cuarta sección, «Faultless Disagreements», se aborda una reconstrucción específica de los desacuerdos en general, los faultless disagreements o desacuerdos irrecusables. En esta sección se discuten las ideas de J. J. MORESO al respecto, así como dos críticas a tales ideas. En «Iuspositivismo y desacuerdos jurídicos», José Juan MORESO contribuye al debate iusfilosófico acerca de la cuestión de los desacuerdos poniendo en contacto el debate jurídico contemporáneo con los más recientes avances en filosofía del lenguaje en materia de desacuerdos semánticos. MORESO aborda la posibilidad de que en el derecho, al igual que en el gusto, la estética o la moral, haya cabida para los desacuerdos irrecusables. Y se plantea qué teoría del derecho estaría en condiciones de dar cuenta de este tipo de desacuerdos. En «Conceptos tóxicos en la filosofía moral: desacuerdo ético objectivism-style», Pierluigi CHIASSONI cuestiona la manera de abordar el problema de las discrepancias morales propia del objetivismo ético, tomando como instancia de esta última corriente la obra de J. J. MORESO, y en especial el artículo que hemos insertado también en este bloque. CHIASSONI recupera las ideas clásicas del emotivismo para mostrar el poco e inconsistente recorrido que, a su juicio, tiene el approach objetivista a la cuestión de los desacuerdos. Jordi FERRER BELTRÁN, en «El error judicial y los desacuerdos irrecusables en el derecho», explora, a través de una crítica a J. J. MORESO, una forma de realismo jurídico moderado que, a diferen-*

*cia de una variante radical, podría dar cuenta por lo menos de algunos tipos de desacuerdos y que, a su vez, no carecería de algunas debilidades de las que adolece el approach moresiano.*

*En la última sección, «Positivismo convencionalista, realismo jurídico y regla de reconocimiento», se abordan dos de los instrumentos filosóficos sobre los cuales el positivismo de ascendencia hartiana se ha apoyado, el convencionalismo y la regla de reconocimiento. En «Desacuerdos ambiguos, convenciones equívocas», Federico J. ARENA afronta la cuestión de los desacuerdos jurídicos desde la perspectiva del convencionalismo. ¿En qué sentido una convención jurídica es un acuerdo entre los officials? y ¿en qué medida puede ser plausible una teoría del derecho basada en el convencionalismo jurídico cuando encontramos desacuerdos entre los officials? son algunas de las preguntas que este artículo se plantea responder. Por último, G. B. RATTI, en «Regla de reconocimiento, cánones interpretativos y realismo jurídico», discute el estatuto lógico de la regla de reconocimiento hartiana, así como si los cánones interpretativos formarían parte de aquélla o no y en qué sentido (y con qué contenido) podría decirse que el realismo jurídico, entendido como una forma de positivismo jurídico, también podría afirmar o no una regla de reconocimiento, i. e. un conjunto de criterios que nos permiten saber cuáles son las fuentes válidas de derecho y cuál es su contenido de significado.*

*Hemos concebido esta colección pensando en un público heterogéneo. Por un lado, tiene como potencial lector al docente o investigador de filosofía del derecho, así como al jurista académico o de profesión en general. Pero por otro lado, este volumen puede jugar también el rol de manual para estudiantes de un curso avanzado de filosofía del derecho, pues al debate sobre los desacuerdos jurídicos subyacen algunos de los problemas fundamentales de la teoría del derecho. Como por ejemplo, la conexión entre derecho y moral, la tesis de las fuentes sociales, el rol de la interpretación en la práctica jurídica, el estatuto lógico de las reglas últimas del sistema jurídico, etc. Hemos intentado que este abanico de problemas de cuestiones sea presentado de una manera analítica, ordenada y taxonómica, de forma que incluso aquellos que no estén familiarizados con las cuestiones específicas que aquí se discuten, puedan acceder con cierta celeridad al intrincado mundo teórico de los discrepancias jurídicas.*

*Al lector más cinéfilo no se le habrá pasado por alto que la primera parte del título de este volumen, Acordes y desacuerdos, parafrasea la traducción (en España) del título de la película de Woody Allen, Acordes y desacuerdos (1999), cuyo título original en inglés es Sweet and Lowdown. Pero además de un humilde homenaje a la película de Woody Allen y a su protagonista, el guitarrista loser Emmet Ray, la elección de este título obedece también a razones de orden más sustancial; la filosofía del derecho contemporánea navega entre dos extremos de un continuum teórico: por un lado, existe un núcleo de acuerdo acerca de algunas de las cuestiones iusfilosóficas más importantes entre las diferentes concepciones del derecho que evoca un cierto grado de*

*armonía en el conjunto del discurso de los filósofos del derecho, además de encontrarse en la literatura más reciente diversas concepciones del derecho que abundan en metáforas musicales o literarias para configurar la práctica jurídica no simplemente como una serie de acuerdos acerca de los fundamentos del derecho, sino como una chain novel judicial o hasta como una verdadera sinfonía compuesta y tocada al unísono por los aplicadores del derecho: de ahí los acordes; pero, por otro lado, las discrepancias entre juristas en general y entre iusfilósofos en particular acerca de los fundamentos del derecho y de la misma teoría del derecho pone de manifiesto un relevante número de divergencias de profundo calado teórico, de ahí los desacuerdos del título. Así pues, donde hay acordes, hay armonía, hay acuerdo acerca de por lo menos algunas cuestiones; donde no hay acuerdo, hay disonancia, divergencia y debate. El lector encontrará ambos tipos de fenómenos en este volumen plural.*

\* \* \*

*Algunos de los ensayos que forman parte de este volumen han sido publicados previamente. En concreto, «Cómo explicar los desacuerdos entre juristas», de Brian LEITER, apareció primero en inglés en The University of Chicago Law Review, 76, 2009, y la versión castellana, que es la que se recoge en este libro, apareció en Analisi e diritto 2010; «Dos problemas de una respuesta positivista al desafío de los desacuerdos teóricos sobre el derecho», de Pau LUQUE, apareció también en Analisi e diritto 2010; «Los desacuerdos acerca del derecho», de Pablo M. PEROT y Jorge L. RODRÍGUEZ, apareció previamente en Isonomía, 32, 2010, y ha sido ligeramente modificado por los autores expresamente para la presente colección; «Iuspositivismo y desacuerdos jurídicos», de José Juan Moreso, fue publicado primero en inglés en Ratio Juris, 22, 2009; «El error judicial y los desacuerdos irrecusables en el derecho», de Jordi FERRER BELTRÁN, es una versión ligeramente modificada de un ensayo publicado con un título diferente en J. J. MORESO, Luis PRIETO SANCHÍS, Jordi FERRER BELTRÁN, Los desacuerdos en el derecho, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010. El resto de ensayos son inéditos y han sido expresamente escritos para este volumen.*

\* \* \*

*Finalmente, no quisiéramos concluir este prólogo sin agradecer a los autores que han contribuido a este volumen por acceder a publicar de nuevo sus trabajos, en algunos casos, o a elaborar trabajos inéditos precisamente para la compilación de este libro. Por otro lado, quisiéramos dar las gracias con especial énfasis a Alejandro CALZETTA, José A. GARCÍA y Diego MORENO CRUZ, que han traducido desinteresadamente, pero con máximo rigor intelectual, algunos de los trabajos aquí recopilados.*

Pau LUQUE  
Giovanni Battista RATTI