

PABLO A. RAPETTI

**DESACUERDOS  
EN EL DERECHO  
Y POSITIVISMO JURÍDICO**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2019

# ÍNDICE

	Pág.
<b>AGRADECIMIENTOS</b> .....	15
<b>ACLARACIONES FORMALES</b> .....	19
<b>INTRODUCCIÓN. DESACUERDO Y DESACUERDOS. EN EL DERECHO Y FUERA DEL DERECHO</b> .....	21
<b>CAPÍTULO I. DWORKIN CONTRA EL POSITIVISMO JURÍDICO.</b> <b>Interpretación, argumentación y desacuerdos en el derecho</b> .....	29
1. INTRODUCCIÓN .....	29
2. EL POSITIVISMO JURÍDICO DEL MODELO DE REGLAS (I).....	31
2.1. Tres tesis definitorias .....	31
2.2. Reglas y principios .....	32
2.2.1. Contenido moral.....	32
2.2.2. «A todo o nada» .....	33
2.2.3. Excepciones .....	34
2.2.4. Conclusividad.....	34
2.2.5. Peso y ponderación .....	35
2.3. Hart y la variedad de reglas. La regla de reconocimiento .....	36
2.4. Cuestiones de la regla de reconocimiento y estrategias de ajuste.	38
3. NUEVO VISTAZO AL MODELO DE REGLAS: NORMAS SOCIALES Y DESACUERDOS .....	41
3.1. Hart y las normas sociales .....	41

	Pág.
3.2. Dos críticas .....	42
3.2.1. Alcance.....	42
3.2.2. Umbral .....	43
3.3. Regla de reconocimiento y norma social .....	45
4. LOS DESACUERDOS Y EL IMPERIO DEL DERECHO.....	46
4.1. Propositiones jurídicas y fundamentos del derecho.....	46
4.2. Tipos de desacuerdo: empíricos y teóricos.....	49
4.3. El positivismo de la <i>Plain Fact View</i> .....	49
5. EL AGUIJÓN SEMÁNTICO.....	52
5.1. El agujón y la semántica criteriológica .....	52
5.2. Una ilación de críticas .....	53
5.3. El argumento del agujón semántico y el argumento de los de- sacuerdos.....	55
6. INTERPRETACIÓN Y TEORÍA INTERPRETATIVA DEL DE- RECHO .....	56
6.1. La interpretación y sus fases .....	56
6.2. Ajuste y justificación .....	59
6.2.1. Ajuste .....	59
6.2.2. Justificación.....	60
6.3. La novela en cadena .....	62
6.4. Tipos de conceptos. Los conceptos interpretativos .....	64
6.5. Los desacuerdos según la óptica interpretativista .....	65
6.6. Concepto y concepciones del derecho. Integridad .....	66
6.6.1. Concepto y concepciones del derecho .....	67
6.6.2. Integridad .....	68
7. EL POSITIVISMO COMO CONVENCIONALISMO.....	71
7.1. Positivismo interpretativo (no semántico).....	71
7.2. Convencionalismos amplio y estricto.....	74
7.2.1. Convencionalismo amplio.....	74
7.2.2. Convencionalismo estricto.....	75
8. ANTIARQUIMEDISMO .....	81
9. RECAPITULACIÓN: DWORKIN FRENTE AL POSITIVISMO JU- RÍDICO. LOS DESACUERDOS EN EL DERECHO .....	84

	Pág.
<b>CAPÍTULO II. DOS ENFOQUES IUSREALISTAS .....</b>	<b>87</b>

**Primera Parte: una perspectiva italiana (*alla genovese*)**

1. RATTI SOBRE EL DEBATE EN TORNO A LOS DESACUERDOS.....	87
1.1. La ambigüedad de Dworkin .....	88
1.2. Una reclasificación de los desacuerdos en el derecho.....	89
1.3. Dos perspectivas de análisis .....	92
1.4. Una relectura de los casos Dworkin.....	93
2. EL PROBLEMA DE LOS DESACUERDOS INTERPRETATIVOS...	96
2.1. Tipos de desacuerdo e interpretación de formulaciones normativas .....	96
2.2. Una primera (y modesta) propuesta .....	100
3. LA IDENTIFICACIÓN DE LAS FUENTES DEL DERECHO .....	102
3.1. Fuentes <i>type</i> , fuentes <i>token</i> e identificación meramente pragmática.....	102
3.2. Un nuevo problema de autonomía conceptual .....	105
3.2.1. Dos definiciones de fuente <i>type</i> .....	105
3.2.2. El argumento .....	105
4. FUENTE DEL DERECHO Y FUENTES DEL DERECHO .....	113
4.1. Un complemento: la cuestión de las normas derivadas.....	113
4.2. Diversas «fuentes» del derecho .....	115
5. SÍNTESIS.....	118

**Segunda Parte: una perspectiva estadounidense**

1. INTRODUCCIÓN: ¿LA AMBIGÜEDAD DE DWORKIN?.....	120
2. LA RESPUESTA DE LEITER .....	122
2.1. El positivismo jurídico frente al interpretativismo dworkiniano. ....	122
2.1.1. La fenomenología del desacuerdo y la pirámide del acuerdo.....	122
2.1.2. Suposiciones contrapuestas y problemas .....	124
2.1.3. Dos contrastes adicionales .....	134
2.2. Dos herramientas explicativas para el iusrealismo: la hipocresía y el error .....	135
2.2.1. Exposición.....	135
2.2.2. Censura .....	137
3. SÍNTESIS.....	143

	Pág.
<b>Apéndice: sobre realismo jurídico y escepticismo interpretativo</b>	
1. INTRODUCCIÓN: EL CONOCIMIENTO SEGÚN EL ESCEPTICISMO INTERPRETATIVO .....	145
2. METODOLOGÍA Y CONSISTENCIA .....	147
3. EL ESCEPTICISMO Y EL PROBLEMA DEL CONOCIMIENTO ESPECÍFICO .....	151
4. LA AUTONOMÍA DEL LENGUAJE JURÍDICO .....	154
4.1. Lenguaje prescriptivo y lenguaje descriptivo .....	155
4.2. Los intereses en juego .....	156
4.3. El carácter institucional y el revestimiento de autoridad.....	157
4.4. ¿Deferencia al emisor? .....	158
5. RECAPITULACIÓN .....	161
6. LA VERDAD EN EL ESCEPTICISMO .....	162
<b>CAPÍTULO III. UN ENFOQUE NEOHARTIANO.....</b>	<b>165</b>
1. VUELTA A HART: ACEPTACIÓN Y ENUNCIADOS JURÍDICOS... ..	165
1.1. Enunciados externos.....	167
1.2. Enunciados internos .....	169
2. LOS ENUNCIADOS JURÍDICOS NO COMPROMETIDOS .....	174
3. ASEVERACIÓN FRENTE A PRESUPOSICIÓN .....	179
4. RECAPITULACIÓN .....	182
5. DESACUERDOS.....	184
5.1. El desafío de Dworkin frente al entramado metateórico hartiano.....	184
5.2. Toh y las enmiendas a Hart .....	189
5.2.1. Sobre el análisis de los enunciados externos .....	189
5.2.2. Sobre el análisis de los enunciados internos .....	190
5.3. El rechazo del «convencionalismo» .....	200
6. OBSERVACIONES CRÍTICAS .....	205
6.1. Sobre los desacuerdos de reconocimiento como desacuerdos jurídicos.....	206
6.1.1. El argumento .....	206
6.1.2. Idealización y atribución: ¿son necesarios los argumentos morales?.....	208
6.1.3. Un pequeño paso hacia las «razones jurídicas» .....	210
6.2. Sobre la relevancia de los acuerdos extensionales .....	212
6.3. Sobre las normas jurídicas y lo distintivo de su sistematización. .....	214

	Pág.
6.4. Sobre enunciados de reconocimiento, «valor superficial» y verdad.....	215
6.5. Sobre el rechazo del convencionalismo.....	216
6.5.1. «Convencionalismo», aceptación plural y relevamiento de hechos.....	216
6.5.2. Otro convencionalismo .....	217
<b>CAPÍTULO IV. TEORÍA DEL DERECHO Y DESACUERDOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES .....</b>	<b>221</b>
1. PARTICIPANTES .....	221
2. CUATRO VICIOS DE ORIGEN EN EL DESAFÍO DWORKINIANO.....	222
3. RECOLECTANDO PIEZAS PARA UNA EXPLICACIÓN .....	225
3.1. La cuestión empírica .....	226
3.2. Las «piezas intocables» del derecho .....	228
3.3. Elementos para especificar lo «fundamental» de ciertos desacuerdos .....	229
3.3.1. Discurso normativo e interpretación .....	229
3.3.2. El carácter último de los criterios de validez objeto de desacuerdos fundamentales.....	232
3.4. Las distinciones: tipos de desacuerdo en el derecho .....	233
3.4.1. Preliminar: (meta)interpretación y fuentes-proceso/producto .....	233
3.4.2. Una reclasificación (explicada).....	236
4. UNA DESTILACIÓN FINAL: EL LENGUAJE DE LA TEORÍA DEL DERECHO .....	242
4.1. Cerrando el círculo: sobre el antiarquimedismo de Dworkin....	242
4.1.1. La metaética y la (¿absoluta?) autonomía de la ética de primer orden.....	243
4.1.2. Un dilema sobre la naturaleza de los argumentos antiarquimédicos .....	248
4.1.3. Acerca de la «traducibilidad» de los enunciados de primer orden .....	249
4.2. El lenguaje práctico de primer orden y el lenguaje teórico de segundo orden .....	253
4.2.1. Retroalimentación .....	253
4.2.2. Verificación empírica y límites del derecho .....	255
4.2.3. La «tesis de la asimetría» .....	259
4.3. Dos aclaraciones finales .....	260
5. COLOFÓN.....	261
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>265</b>

## 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, en particular, he incluido la transcripción del texto en su idioma original en nota al pie, salvo en aquellos casos en que la cita misma se contiene en una nota al pie.

— Los conceptos se han escrito en versalitas<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Siguiendo un uso creciente al menos a partir de LAURENCE y MARGOLIS, 1999: 4, n. 1.

## 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, 2000: 66)

El tema del desacuerdo es filosóficamente recurrente: de un modo u otro, 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 epistemología, estética, filosofía del lenguaje, metafilosofía, metafísica, filosofía de la matemática, filosofía moral, filosofía política y, por supuesto, la filosofía del derecho<sup>1</sup>.

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 solo un problema relativo a los desacuerdos en el derecho, o bien que hay uno de importancia notoria. Se trata de una sugerencia equivocada. Hay,

---

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



más bien, un buen número de problemas distinguibles entre sí, 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 ninguno de ellos tenga título para ser *el* problema de los desacuerdos jurídicos<sup>2</sup>. El alcance de este tema puede ser tentativa e informalmente indicado diciendo que versa, entre otras, sobre las siguientes cuestiones: «¿quiénes sostienen desacuerdos jurídicos?», «¿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 la (eventual) obligatoriedad del derecho: su «normatividad».
- 4) Qué relación hay entre las (diversas) disputas acerca del campo jurídico —de algún modo delimitado— 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 los 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, o ulteriormente detallada.

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

---

<sup>2</sup> En general usaré las expresiones «desacuerdos en el derecho», «desacuerdos jurídicos», y otras similares, como sinónimas.

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 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»<sup>3</sup>.

Es hora, entonces, de 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 viven. 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.

Algunos estudios ofrecen como resultado justificaciones axiológicas distintas de ciertas piezas de derecho previamente identificado; mientras que hay otros que 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 derecho<sup>4</sup> 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 a diversos ordenamientos jurídicos en esa circunstancia; y la de comparar (a veces distinguiéndolas y a veces fun-

---

<sup>3</sup> Al escribir este párrafo y el segundo de esta introducción, he emulado la narrativa con la que Stephen MUNZER comienza su excelente y lamentablemente desatendido trabajo acerca de la validez jurídica: MUNZER, 1972.

<sup>4</sup> 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.

diéndolas) las prácticas jurídicas con otras prácticas o fenómenos relativos a la guía de la conducta humana, 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»<sup>5</sup>. Así 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 solo 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 sea la lanzada por el recientemente fallecido filósofo Ronald DWORKIN, quien se ha erigido en uno de los más destacados opositores a positivismo jurídico 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 denominaré aquí 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 este 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 de lo empíricamente verificable), 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 dworkiniano basado en el fenómeno del desacuerdo, tanto desde perspectivas que se pretenden internas a la tradición

---

<sup>5</sup> 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).

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 mutuamente incompatibles. Al margen de ello, DWORKIN ofrece no solo 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 dworkiniano, me centraré en tres. Sin duda, 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 abarcada por completo<sup>6</sup>. En este sentido, he preferido trabajar sobre unos pocos 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, se han tratado muchos temas diversos y dudo mucho 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, entonces, 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.

---

<sup>6</sup> Solo por mencionar algunos trabajos (y solo en castellano o inglés) a los que, sin embargo, no haré más referencia que la presente: WALDRON, 2005; HIMMA, 2003a; SMITH, 2010; PATTERSON, 2011; SCIARAFFA, 2012; PLUNKETT y SUNDELL, 2013a, 2013b y 2014; ITURRALDE SESMA, 2014; BAUM LEVENBOOK, 2015; DYRDA, 2016; POSCHER, 2016; RAMÍREZ LUDEÑA, 2016; VILLA, 2016.

Dos características del capítulo deben destacarse. En primer término, que 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 a mi entender presenta de manera más detallada su concepción iusfilosófica, es un libro acerca del desacuerdo en el derecho<sup>7</sup>, pero creo que 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 así he procurado presentarlas. Por cierto, con ello se pone de relieve el muy alto grado de consistencia interna que su obra tiene.

De lo antedicho surge parte de la explicación para la segunda gran característica del primer capítulo, a saber, que 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 dworkiniano, 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 (mayoritariamente) 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 u origen 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 y a diferencia del tratamiento dworkiniano— elucidaciones distintas.

---

<sup>7</sup> DWORKIN, 1986: 11.

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 hilos argumentativos, en el propio capítulo intento ofrecer para ellos enmiendas y sugerencias de sofisticación, tarea que continúo luego en el capítulo IV.

Aún dentro del 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 posterior 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 dworkiniano, releyéndolo a la 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 este 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 basada 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 comprensivo 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 sosteni-

dos 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 al 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; sin por ello desdeñar la propia distinción, sino todo lo contrario. 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 poner de relieve lo que llamo una situación de «asimetría» fundamental en las relaciones con el derecho que tienen participantes, por un lado, y teóricos, por el otro. Ello supone tomarse enfáticamente en serio la idea de que, en palabras de SHAPIRO:

[en primer lugar, 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 solo porque los participantes creen que la hay<sup>8</sup>.

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 y ofrecer una solución para las controversias entre participantes del derecho. Hacerlo supone abandonar la posición teórica.

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

---

<sup>8</sup> SHAPIRO, 2007: 49. Cursiva 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

#### 1. 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 1986. En este ensayo, DWORKIN no solo 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 décadas<sup>1</sup>. Con respecto a su teoría del derecho, puede afirmarse —hacién-

---

<sup>1</sup> IGLESIAS VILA, 1999: 24.



donos eco de la opinión de MORESO— que se ha desenvuelto en tres grandes etapas: la de *Taking Rights Seriously*<sup>2</sup>, la de *Law's Empire*<sup>3</sup>, y la de *Justice in Robes*<sup>4</sup>: una primera fase crítica (especialmente del positivismo jurídico) y en la que se promueven los primeros pasos de un enfoque que busca ser 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 teoría suya<sup>5</sup>.

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 el derecho fundamentalmente como una práctica argumentativa<sup>6</sup>. 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 justificarlas<sup>7</sup>, 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 del derecho y su análisis teórico. 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, con el fin de presentar de la mejor manera posible

---

<sup>2</sup> DWORKIN: 1978. En este capítulo (pero no en los siguientes) las referencias a este trabajo serán según la traducción castellana: DWORKIN, 1989.

<sup>3</sup> DWORKIN, 1986.

<sup>4</sup> DWORKIN, 2006.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> Véase DWORKIN, 1986: 13: «La práctica jurídica, a diferencia de muchos otros fenómenos sociales, es *argumentativa*. Cada actor dentro de la práctica entiende que lo que esta permite o exige depende de la verdad de ciertas proposiciones que obtienen su sentido solo por y dentro de la práctica; la práctica consiste en gran medida en la presentación y argumentación en favor de dichas proposiciones» (traducción propia, cursiva en el original).

<sup>7</sup> SHAPIRO, 2007: 35.