

GERMÁN SUCAR

**CONCEPCIONES DEL DERECHO
Y DE LA VERDAD JURÍDICA**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2008

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRESENTACIÓN	11
PALABRAS PRELIMINARES	33
INTRODUCCIÓN	37
CAPÍTULO I. ONTOLOGÍA, SEMÁNTICA Y VERDAD	53
INTRODUCCIÓN	53
1. ONTOLOGÍA	54
1.1. Caracterización del realismo ontológico	55
1.2. Hechos brutos, sociales e institucionales.....	59
2. SEMÁNTICA	64
2.1. Realismo y antirrealismo semántico.....	64
2.1.1. Realismo semántico fuerte	65
2.1.2. Una versión debilitada del realismo semántico	70
2.1.2.1. Caracterización del realismo semántico sofisticado	71
2.1.2.2. El antirrealismo Kripkensteiniano	72
2.1.2.3. El antirrealismo Dummettiano	75
2.1.2.4. La concepción de Quine	76
2.2. El problema de la vaguedad.....	79
2.2.1. Fenomenología de la vaguedad	79
2.2.2. Teorías acerca de la vaguedad	83
2.2.2.1. Concepción epistémica.....	85
2.2.2.2. Concepción semántica.....	89
a) Concepciones semánticas constructivas.....	89
a') Concepciones que admiten lógicas multivaluadas y grados de verdad	90

	<u>Pág.</u>
<i>b'</i>) Supervaluacionismo	95
<i>b</i>) Concepciones semánticas escépticas	99
3. TEORÍAS DE LA VERDAD	102
3.1. Teorías substantivas	105
3.1.1. Teoría de la verdad como correspondencia.....	105
3.1.1.1. Los portadores de verdad.....	109
3.1.1.2. El correlato extralingüístico.....	111
3.1.1.3. La relación de correspondencia	112
3.1.2. Otras teorías substantivas	114
3.2. La concepción deflacionaria.....	119
3.2.1. El minimalismo de Horwich.....	120
3.2.2. Crítica al deflacionismo: el minimalismo de Wright.....	122
3.3. Concepciones realista, cuasi-realista y antirrealista de la verdad ...	127
3.4. Verdad, criterios de verdad y probabilidad	129
4. CONSIDERACIONES FINALES.....	130
CAPÍTULO II. NATURALEZA DEL DERECHO Y VERDAD JURÍDICA.	135
INTRODUCCIÓN.....	135
1. PRESUPUESTOS METODOLÓGICOS	137
1.1. El derecho y los saberes acerca del derecho	137
1.2. Las teorías acerca de la naturaleza del derecho y las teorías científicas.....	140
1.3. Requisitos de adecuación de una teoría acerca de la naturaleza del derecho	149
2. MODELOS TEÓRICOS ACERCA DEL DERECHO.....	153
2.1. Caracterización del positivismo jurídico	156
2.1.1. Diferentes sentidos de «positivismo jurídico».....	157
2.1.2. Las tesis centrales del positivismo jurídico	160
2.1.3. Positivism excluyente y positivismo incluyente	175
2.1.4. Positivism, convencionalismo y especificación de la tesis de las fuentes sociales.....	180
2.1.5. Conclusiones	184
2.2. Principales doctrinas positivistas	185
2.2.1. El positivismo kelseniano	185
2.2.2. El positivismo realista	200
2.2.2.1. El realismo norteamericano	200
2.2.2.2. El realismo escandinavo	207
2.2.3. El positivismo normativista de Hart	219

	<u>Pág.</u>
2.3. Principales doctrinas antipositivistas.....	230
2.3.1. La doctrina iusnaturalista de Moore	230
2.3.2. La doctrina interpretativista de Dworkin	250
CAPÍTULO III. DEFENSA DEL MODELO POSITIVISTA-NORMATI- VISTA	283
INTRODUCCIÓN.....	283
1. PRECISIONES SOBRE EL MODELO POSITIVISTA-NORMATI- VISTA.....	287
1.1. Las nociones de sistema y de orden jurídico	287
1.2. Principales niveles de análisis del derecho	297
1.2.1. Identificación	297
1.2.2. Aplicación	300
1.2.3. Integración	301
1.3. Tipos de enunciados acerca del derecho.....	302
2. OBJECIONES AL MODELO POSITIVISTA-NORMATIVISTA	307
2.1. La impugnación de la distinción entre identificación y aplicación del derecho: el razonamiento jurídico como razonamiento moral.	307
2.2. Crítica a la reconstrucción sistemática: el desafío de la derrotabi- lidad	319
3. DISCREPANCIAS INTERNAS AL MODELO POSITIVISTA-NOR- MATIVISTA.....	329
3.1. Marmor: la defensa de una teoría cuasi-realista de la verdad de los enunciados jurídicos	331
3.2. Coleman: la defensa de una teoría de la verdad como la afirmabi- lidad justificada.....	339
3.3. Realismo y antirrealismo con relación al contenido de las normas jurídicas	351
CAPÍTULO IV. INDETERMINACIÓN DEL DERECHO Y VERDAD DE LOS ENUNCIADOS JURÍDICOS	355
INTRODUCCIÓN.....	355
1. TIPOLOGÍA DE LOS SUPUESTOS DE INDETERMINACIÓN DEL DERECHO	357
1.1. Problemas relativos a la identificación del derecho.....	357
1.1.1. Problemas relativos a la individualización de las fuentes de producción jurídica y a la individualización de los tex- tos producto de las fuentes.....	357
1.1.2. Problemas relativos a la interpretación de las formulacio- nes normativas	362

	<u>Pág.</u>
1.2. Problemas relativos a la aplicación del Derecho	375
1.2.1. Lagunas y contradicciones normativas	375
1.2.2. Lagunas axiológicas	393
1.2.3. Lagunas de conocimiento	397
2. LAGUNAS DE RECONOCIMIENTO Y VALORES DE VERDAD DE LOS ENUNCIADOS JURÍDICOS	402
2.1. Enunciados de subsunción.....	404
2.2. Vaguedad y teorías acerca del derecho	408
2.2.1. Estrategias del bloqueo.....	409
2.2.1.1. La propuesta de Marmor.....	409
2.2.1.2. La tesis de la determinación jurídica de Alchourrón y Bulygin.....	412
2.2.2. Estrategias del examen	417
3. VERDAD Y CONDICIONES DE VERDAD DE LOS ENUNCIADOS JURÍDICOS.....	420
3.1. Reconstrucción sistemática del derecho y condiciones de verdad de los enunciados jurídicos.....	420
3.1.1. La aplicabilidad de las normas jurídicas.....	423
3.1.2. La relación entre la aplicabilidad interna y la aplicabilidad externa de las normas jurídicas.....	424
3.1.2.1. La aplicabilidad interna es una condición neces- aria de su aplicabilidad externa.....	428
3.1.2.2. La aplicabilidad interna es condición suficiente de la aplicabilidad externa	432
3.1.3. La relación entre la pertenencia y la aplicabilidad externa de las normas jurídicas	434
3.1.3.1. La pertenencia de una norma a un sistema jurí- dico constituye una condición necesaria de su aplicabilidad externa.....	434
3.1.3.2. La pertenencia de una norma a un sistema jurí- dico constituye una condición suficiente de su aplicabilidad externa.....	435
3.1.4. Relevancia de la noción de aplicabilidad externa para la determinación de las condiciones de verdad de los enun- ciados jurídicos y criterios últimos de aplicabilidad.....	438
3.2. Naturaleza de la verdad de los enunciados jurídicos	444
CONCLUSIONES	449
BIBLIOGRAFÍA	453

PRESENTACIÓN

EN TORNO A LAS CONDICIONES DE VERDAD DE LOS ENUNCIADOS JURÍDICOS

1. INTRODUCCIÓN

Considérense enunciados como «En Argentina el incesto no es delito», o «Resulta inconstitucional prohibir al trabajador reclamar de su empleador una reparación integral de los daños sufridos por un accidente o enfermedad laboral», o «Si Ticio fallece con último domicilio en España, la sucesión de sus bienes abierta en Argentina debe regirse por el derecho español». ¿Son ellos susceptibles de verdad o falsedad? Y, en caso de responderse afirmativamente, ¿de qué depende su verdad o falsedad?

Estas preguntas resultan tan complejas que cualquier intento de respuesta obliga a tomar posición respecto de casi todos los problemas de la teoría jurídica, y son tan importantes que del tipo de respuesta que se ofrezca depende la misma posibilidad del conocimiento del derecho. Para simplificarlas sólo consideraré tres dificultades involucradas en su discusión.

Una primera cuestión que tiene directa repercusión en la determinación de las condiciones de verdad de los enunciados jurídicos está dada por las diferentes concepciones acerca del derecho; en particular, por los diferentes criterios para individualizar las normas que componen un cierto sistema jurídico. En este estadio se ponen de manifiesto profundas diferencias de enfoque entre los teóricos, fundamentalmente en torno a cómo se conciban las relaciones entre el derecho y la moral. Así, no parece sorprendente que frente a un enunciado como «En Argentina el incesto no es delito», la evaluación

de su verdad o falsedad dependa crucialmente de si se acepta o rechaza la existencia de una conexión necesaria entre derecho y moral.

El segundo problema concierne a la postura que se asuma respecto de la interpretación de los textos a través de los cuales se expresan las normas jurídicas. Así, frente a un enunciado como «Resulta inconstitucional prohibir al trabajador reclamar de su empleador una reparación integral de los daños sufridos por un accidente o enfermedad laboral», y siendo que las normas constitucionales son característicamente vagas en su formulación, ¿es posible sostener que el derecho ofrece una respuesta unívoca respecto de su verdad o falsedad?

Existen dos tradiciones contrapuestas en torno a la naturaleza de la interpretación jurídica: los partidarios de lo que podría denominarse la *tesis de la única interpretación correcta* —que representa el punto de vista más tradicional entre los juristas— consideran que la interpretación es una actividad puramente cognoscitiva, esto es, que todo texto legal tiene una y sólo una interpretación adecuada, y que la tarea del intérprete consiste en descubrirla (HART acuñó la expresión «el noble sueño» para aludir a esta visión más bien ingenua de la interpretación)¹. En cambio, los partidarios de lo que podría denominarse la *tesis de la indeterminación radical* —un punto de vista defendido por muchos filósofos críticos y que representa también cierta visión popular acerca del derecho— estiman que la interpretación es una actividad puramente decisoria y discrecional, esto es, que todo texto legal admite una multiplicidad de interpretaciones entre las cuales se puede escoger libremente (HART denominó «la pesadilla» a esta concepción devastadora de la interpretación)². Existen poderosas razones para rechazar estas dos alternativas extremas y para justificar una opción intermedia, a la que podríamos calificar como *tesis de la indeterminación parcial*, según la cual la interpretación jurídica es en ciertos casos una operación cognoscitiva y en otros una labor decisoria, que reconoce la existencia de casos claros frente a los cuales el derecho ofrece una respuesta determinada, y otros problemáticos frente a los cuales es preciso optar entre varias alternativas igualmente plausibles pero ninguna de ellas predeterminada por el derecho. Sin embargo, brindar un fundamento teórico sólido para esta concepción de la interpretación jurídica —como lo ponen de manifiesto las numerosas críticas dirigidas en este punto contra HART, uno de sus más notables representantes—³ dista mucho de ser una tarea que pueda considerarse debidamente concluida.

El tercer problema se relaciona con una de las ambigüedades que aqueja a la noción de «sistema jurídico»: a veces esta expresión se utiliza para hacer

¹ Cfr. H. L. A. HART, 1977: «American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream», en *Georgia Law Review*, vol. 11, núm. 5.

² Cfr. H. L. A. HART, obra citada.

³ En este sentido puede consultarse, por ejemplo, NICOS STAVROPOULOS, 1996: *Objectivity in Law*, Oxford: Clarendon Press.

referencia al conjunto de las normas que componen un cierto derecho nacional; otras veces, en cambio, se la utiliza para referirse al conjunto de las normas que los jueces deben o pueden emplear para justificar sus decisiones. La dificultad surge aquí porque si bien en principio las normas que los jueces deben emplear como fundamento de sus decisiones son las que conforman el derecho de la jurisdicción en la que desempeñan sus funciones, este principio general puede registrar excepciones: por ejemplo, frente a un enunciado como «Si Ticio fallece con último domicilio en España, la sucesión de sus bienes abierta en Argentina debe regirse por el derecho español», parecería que la identificación de las normas que conforman el derecho argentino no resulta suficiente para determinar su verdad o falsedad.

A primera vista podría pensarse que los dos primeros problemas resultan conceptualmente independientes entre sí, en el sentido de que las discusiones en torno a las concepciones del derecho y su relación con la moral no necesariamente implican una toma de posición respecto de la interpretación jurídica. Así, podría pensarse que la polémica acerca de la caracterización del derecho versa centralmente sobre sus fuentes, esto es, sobre el modo de identificar los procedimientos de producción de los textos jurídicos relevantes, mientras que las teorías de la interpretación jurídica se referirían al modo de identificar las normas expresadas por esos textos. Y, por otra parte, también a primera vista parecería que una vez resueltas estas dos cuestiones, se dispondría de una respuesta completa para el último interrogante, esto es, que una vez identificado el derecho se dispondría de una adecuada teoría de la toma de las decisiones judiciales: los jueces deberían emplear como fundamento de sus decisiones aquellas normas que conforman el derecho identificado a partir de cierta teoría de las fuentes y de cierta teoría de la interpretación. Intentaré mostrar brevemente que el ensamble entre estas tres cuestiones es bastante más complejo del que estas ideas aparentemente intuitivas presentan: por una parte, que al menos ciertas concepciones del derecho están comprometidas con una cierta tesis sobre la interpretación jurídica y, por la otra, que una teoría de la identificación del derecho no puede colapsar con una teoría de la justificación de las decisiones judiciales.

El positivismo sostiene que el derecho puede ser identificado sin recurrir a consideraciones morales, negando así la tesis de que existe una conexión necesaria entre el derecho y la moral. En los últimos treinta años Ronald DWORKIN ha dirigido una persistente crítica a los postulados básicos del positivismo. Si bien la argumentación de DWORKIN es muy compleja y admite muchas reconstrucciones, creo que MARMOR acierta al afirmar que la forma más interesante de entender los argumentos de DWORKIN es interpretarlos como resaltando la existencia de una tensión irreconciliable entre el convencionalismo que subyace a la concepción positivista y el carácter controvertido del razonamiento jurídico. El positivismo afirmaría que las condiciones de validez jurídicas estarían determinadas por ciertas reglas o convenciones

sociales que prevalecen en una comunidad y que permitirían identificar qué acciones o procedimientos crean el derecho. En ese contexto, una norma sería 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 resultaría incapaz de explicar cómo puede 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 su base dado que por hipótesis habría cesado su fuerza vinculante. DWORKIN estima así que de acuerdo con la tesis convencionalista sostenida por el positivismo, no existiría ninguna norma obligatoria en los casos controvertidos. A su juicio, tal conclusión resultaría insatisfactoria porque tanto los abogados como los jueces consideran que muchas normas son jurídicamente obligatorias a pesar de su innegable naturaleza problemática⁴.

En definitiva, el desafío que DWORKIN plantea al positivismo puede 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 norma 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 de derecho que se emplea cuando se expresan proposiciones jurídicas, esto es, afirmaciones acerca de lo que el derecho exige, permite o prohíbe (el concepto *doctrinario* de derecho) no sería un concepto interpretativo —tal como DWORKIN defiende— sino que estaría determinado exclusivamente por sus criterios de uso, esto es, dependería de una práctica lingüística convergente que señalaría la extensión del concepto a través de un criterio de aplicación compartido⁵.
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.

Si se admite esta reconstrucción, el positivismo podría responder al desafío de DWORKIN negando que la conclusión se siga de las premisas (*i.e.*, que

⁴ Cfr. Andrei MARMOR, 2001: *Interpretation and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1999, traducción castellana de Marcelo MENDOZA HURTADO, *Interpretación y teoría del derecho*, Barcelona: Gedisa, 20.

⁵ Cfr. Ronald DWORKIN, 2006: *Justice in Robes*, Cambridge: Harvard University Press, 11-12 y 225.

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 suficientemente problemáticas para el positivismo jurídico por sí solas. La segunda alternativa resultaría más prometedora, siempre que se tenga en claro cuáles son las consecuencias que se siguen de negar cada una de las premisas.

Una primera forma de evitar la conclusión podría consistir en negar 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 requiere de una evaluación moral para determinar si una norma forma o no parte del derecho; para los segundos, en cambio, ésta es una cuestión contingente que depende de lo que establezca la regla de reconocimiento de cada sistema jurídico. De conformidad con esta presentación de la polémica, ambas posturas coinciden 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, ésta 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 jurídica⁶. En similar sentido, MORESO considera que el positivismo incluyente no niega la tesis de las fuentes sociales, sino 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),

⁶ Cfr. Jules COLEMAN, 1998: «Second Thoughts and Other First Impressions», en Brian BIX (ed.), *Analyzing Law. New Essays in Legal Theory*; Oxford, Oxford: University Press, 257-297.

los que pueden contingentemente recurrir a consideraciones morales, que en tal caso se tornarían jurídicamente válidas⁷.

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 naturales⁸. 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: las entidades a las que se refieren serían diferentes: clases naturales en el primer caso y valores en el segundo, y la estructura profunda de las entidades a las que se refieren también serían distintas: las clases naturales 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 sen-

⁷ Cfr. José Juan MORESO, 2002: «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, 93-116.

⁸ Cfr. Claudia ORUNESU, 2008: *Constitución y democracia. Un estudio filosófico*, tesis doctoral inédita.

tido 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.

Negar la premisa 2 parece ser pues el único camino disponible para que el positivismo pueda responder al desafío de DWORKIN. 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 dependa del acuerdo respecto de sus casos de aplicación.

La premisa 2 parece ser aceptada por algunos positivistas de relieve. 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 justificación⁹. MARMOR, en cambio,

⁹ Cfr. TIMOTHY ENDICOTT, 2007: «Adjudication in the Law», *Oxford Journal of Legal Studies*, 27(2): 311-326.

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 derecho¹⁰. 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 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»¹¹.

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.

¹⁰ Cfr. Andrei MARMOR, 2001: «Exclusive Legal Positivism», en *Positive Law and Objective Values*, Oxford: Oxford University Press, 47-70.

¹¹ Andrei MARMOR, obra citada en la nota anterior, 57-58.

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 contenido¹². 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 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»¹³.

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 cambiantes¹⁴.

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 positi-

¹² Cfr. Riccardo GUASTINI, 2006: «Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas e interpretación», en Eugenio BULYGIN y Gladys PALAU (comps.), *Análisis Filosófico*, vol. XXVI, núm. 2, Homenaje a Carlos Alchourrón II, Buenos Aires, SADAFA, 277-293.

¹³ Riccardo GUASTINI, 2005: «A Skeptical View on Legal Interpretation», en *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, 139-144.

¹⁴ Cfr. Riccardo GUASTINI, 1996: *Distinguiendo. Studi di teoria e metateoría del diritto*, Torino: Giappichelli, traducción castellana de Jordi FERRER BELTRÁN, 1999: *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 347.

vismo 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 normas 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.

Una cuestión capital para la comprensión de las normas en general es si realmente puede sostenerse que todas las normas 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 cadena 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 inter-