



Problema: Anuario de Filosofía y Teoría
del Derecho

ISSN: 2007-4387

problema.unam@gmail.com

Universidad Nacional Autónoma de
México
México

Himma, Kenneth Einar

Positivismo jurídico incluyente

Problema: Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho, núm. 8, -, 2014, pp. 353-430

Universidad Nacional Autónoma de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=421940014010>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE

*INCLUSIVE LEGAL POSITIVISM**

Kenneth Einar HIMMA**

Resumen:

El positivismo jurídico en general se compone de distintas Tesis: la Tesis Social, la Tesis de Convencionalidad y la Tesis de la Separabilidad. De acuerdo con la postura que se adopte respecto de cada una de estas Tesis, los positivistas jurídicos se dividen en excluyentes e incluyentes. Este artículo pretende esbozar algunos argumentos que comúnmente son asociados con el positivismo jurídico incluyente, y al mismo tiempo presenta una discusión en torno a algunas de las críticas provenientes de otros frentes, específicamente los de los positivistas jurídicos excluyentes y los de diversos antipositivistas. En última instancia, se sopesan las perspectivas expuestas a fin de dilucidar cuáles de los postulados teóricos se sostienen y cuáles pueden ser derrotados frente a los contraargumentos.

* Artículo recibido el 6 de agosto de 2013 y aceptado para su publicación el 6 de septiembre de 2013. Traducción de Pedro A. Villarreal Lizárraga, doctorando del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Artículo publicado originalmente en inglés como “Inclusive Legal Positivism”, en Jules Coleman y Scott Shapiro (eds.), *Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, 2002. La traducción al español de este artículo fue autorizada por el autor y por Oxford University Press.

** Part-time Lecturer, University of Washington School of Law, himma@uw.edu

KENNETH EINAR HIMMA

Palabras clave:

Positivismo jurídico incluyente, positivismo jurídico excluyente, criterios morales de validez jurídica, antipositivismo, razones para la acción.

Abstract:

Generally speaking, legal positivism is composed of different Thesis: The Social Fact Thesis, the Conventionality Thesis and the Separability Thesis. Depending on the stance that is chosen regarding each of these Thesis, legal positivists can be either inclusive or exclusive. This article pretends to outline some of the claims that are commonly identified with inclusive legal positivism, while at the same time presenting some of the criticisms that rise from other traditions, such as exclusive legal positivists and antipositivists. Ultimately, the perspectives exposed herein are weighed in order to discern which of the theoretical claims hold up and which can be defeated by counter-arguments .

Keywords:

Inclusive Legal Positivism, Exclusive Legal Positivism, Moral Criteria of Validity, Antipositivism, Reasons for Action.

POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE

SUMARIO: I. *Fundamentos conceptuales del positivismo.*
II. *Perspectiva histórica de la Tesis de la Incorporación.* III. *La Tesis de la Incorporación y la Tesis Social.* IV. *La Tesis de la Incorporación y la Tesis Débil de Convencionalidad.* V. *La Tesis de la Incorporación y la Tesis de la Separabilidad.* VI. *La Tesis de la Incorporación y la Naturaleza de la Autoridad.* VII. *La Tesis de la Incorporación y la Tesis de la Diferencia Práctica.* VIII. *Bibliografía.*

La base conceptual del positivismo jurídico se apoya en tres tesis: la Tesis Social, la Tesis de la Convencionalidad y la Tesis de la Separabilidad. La Tesis Social afirma que la existencia del derecho es posible gracias, precisamente, a ciertos tipos de hecho social. La Tesis de la Convencionalidad sostiene que los criterios de validez son de carácter convencional. La Tesis de la Separabilidad, en su versión más general, niega que haya una relación necesaria entre derecho y moral.

Mientras que la Tesis de la Separabilidad implica que no hay criterios morales *necesarios* de validez jurídica, deja abierta la cuestión sobre si hay *posibles* criterios morales de validez. Los positivistas jurídicos incluyentes (también conocidos como positivistas “suaves” o incorporacionistas) creen que puede haber tales criterios; esto es, creen que hay sistemas jurídicos conceptualmente posibles en los que los criterios de validez jurídica incluyan (o incorporen) principios morales. Entre los destacados positivistas incluyentes se encuentran H. L. A. Hart, Jules Coleman, W. J. Waluchow y Matthew Kramer. Los positivistas jurídicos excluyentes (también conocidos como positivistas “duros”) niegan que pueda haber criterios morales de validez. Los positivistas excluyentes, como Joseph Raz, Scott Shapiro y Andrei Marmor, defienden que la existencia y contenido del derecho siempre pueden ser determinados a través de una referencia a fuentes sociales.

PROBLEMA

Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho,
Núm. 8, enero-diciembre de 2014, pp. 353-430

355

KENNETH EINAR HIMMA

I. FUNDAMENTOS CONCEPTUALES DEL POSITIVISMO

1. *La Tesis Social*

El compromiso central más fundamental del positivismo es la Tesis Social, que afirma que el derecho es, en esencia, una creación o artefacto social. De acuerdo con esta tesis, lo que distingue a las normas jurídicas de las no-jurídicas es que aquéllas poseen una propiedad que hace referencia a algún hecho social. La presencia del hecho social relevante, entonces, es lo que en última instancia explica la existencia de un sistema jurídico y lo constituye como un artefacto.

Si bien todos los positivas están comprometidos con la Tesis Social, difieren en cuanto a cuál hecho social es el esencial para la explicación de la validez jurídica. John Austin, siguiendo a Jeremy Bentham, sostiene que la característica distintiva de un sistema jurídico es la presencia de un soberano que es habitualmente obedecido por la mayoría de las personas de la sociedad pero que, a su vez, no tiene el hábito de obedecer a alguien más. En la perspectiva de Austin, una regla *R* es jurídicamente válida (es decir, es una ley) en una sociedad *S* si y solo si (1) *R* es el mandato del soberano en *S*; y (2) *R* está respaldado por la amenaza de una sanción. Así, el hecho social que explica la existencia de cualquier sistema jurídico, desde la óptica de Austin, es la presencia de un soberano dispuesto a, y capaz de imponer una sanción por la desobediencia de sus mandatos.

Hart rechaza la versión de Austin de la Tesis Social, por una serie de razones¹ de entre las cuales la principal es que

¹ Hart también cree que la teoría de Austin sólo explica la existencia de reglas de primer orden que requieren o prohíben ciertos tipos de conducta. Según la perspectiva de Hart, Austin ignora otro tipo de reglas de primer orden que confieren el poder de crear, modificar y extinguir derechos y obligaciones, como aquellas que gobiernan la creación de los contratos.

POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE

ignora la existencia de meta-reglas que tienen como su destinatario a las propias reglas de primer orden:

...Se puede decir que las [meta-reglas] se encuentran en un nivel distinto que las reglas [de primer orden] porque son *acerca* de éstas; en otros términos, mientras las reglas [de primer orden] se ocupan de las acciones que los individuos deben o no hacer, estas [meta-reglas] se ocupan de las reglas [de primer orden]. Ellas especifican la manera en que las reglas [de primer orden] pueden ser verificadas en forma concluyente, introducidas, eliminadas, modificadas, y su violación determinada de manera incontrovertible.²

Hart distingue tres tipos de meta-reglas que indican una transición de formas primitivas de derecho hacia sistemas jurídicos propiamente dichos: (1) la regla de reconocimiento, que “especificará alguna característica o características cuya posesión por una regla sugerida es considerada como una indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla del grupo”;³ (2) la regla de cambio, que permite que una sociedad cree, elimine y modifique normas válidas; y (3) la regla de adjudicación, que provee mecanismos para determinar si una norma válida ha sido violada. Entonces, según la perspectiva de Hart, toda sociedad que posea un

² Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2nd. ed. Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 92 [La cita corresponde a la traducción al español, Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, 2a. ed., trad. Genaro R. Carrión, Editora Nacional, México, 1980, p. 117]. De aquí en adelante se le referirá como *CD*. Hart hace una distinción en términos de reglas primarias y secundarias pero parece usar el término “reglas secundarias” en dos maneras distintas. Primero, usa “reglas secundarias” para denotar “reglas que confieren poderes”, que le permiten a los individuos alterar las relaciones jurídicas existentes; en contraste, las “reglas primarias” son reglas que requieren o prohíben ciertas conductas por parte de los ciudadanos. En este uso, las reglas sobre los contratos son reglas secundarias. En otra parte usa “reglas secundarias” para denotar a las reglas sobre reglas. En este uso, las reglas sobre los contratos no son reglas secundarias. Creo que este último uso es más apto y utilizaré los términos “de primer orden” y “meta-” para referirme a ellas.

³ *Ibidem*, p. 92 [ubicada en la traducción en p. 117].

KENNETH EINAR HIMMA

sistema jurídico propiamente dicho tiene una meta-regla de reconocimiento que proporciona criterios para crear, modificar y adjudicar normas jurídicamente válidas.

Lo que falla básicamente con la versión de Austin de la Tesis del Pedigrí, entonces, es esto. Dado que Austin toma al derecho penal de primer orden como el paradigma de todo contenido jurídico, cree que la presencia de un soberano coercitivo es esencial para explicar la existencia del derecho. Y puesto que Austin explica que todo el derecho se origina en el soberano, no logra notar que la afirmación de que el contenido jurídico de primer orden que se origina con el soberano define una meta-norma jurídica y, por ende, pasa por alto la posibilidad de que haya otras meta-reglas de reconocimiento que aquella que únicamente valida los mandatos soberanos coercitivos. Aunque ésta puede ser una posible regla de reconocimiento, Hart cree que hay muchas otras posibilidades; depende de cada sociedad decidir sobre el contenido de sus criterios de validez.

Luego, según la postura de Hart, la presencia de una regla de reconocimiento vinculante, y no la de un soberano capaz de coercionar el cumplimiento, es lo que marca la existencia de un sistema jurídico. Y, para Hart, hay una regla de reconocimiento vinculante *RdR* en una sociedad *S* cuando se satisfacen dos condiciones: (1) los criterios de validez contenidos en *RdR* son aceptados por los oficiales en *S* como estándares de conducta; y (2) los ciudadanos en *S* generalmente cumplen con las reglas de primer orden validadas por la *RdR*. Así, de acuerdo con la versión de Hart de la Tesis Social, la existencia de una regla de reconocimiento que satisface (1) y (2) es el hecho social que da lugar al derecho.

De acuerdo con esta interpretación, la Tesis Social expllica la autoridad de los criterios de validez en términos de algún conjunto de hechos sociales y, de esta manera, conceptualiza al derecho como un artefacto.⁴ La versión de Hart de

⁴ Raz interpreta que el término “autoridad” tiene contenido moral. Una autoridad es moralmente legítima, según esta acepción. Para una discusión de las posturas de Raz, véase la sección 6 más adelante. En el

POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE

esta tesis consiste en que el hecho social relevante es la aceptación de los oficiales; en la versión de Austin, el hecho social relevante es la posibilidad del soberano de coercionar el cumplimiento. Pero, en cualquiera de estos casos, el sistema jurídico al que dan pie es una creación humana, debido a que los criterios de validez son autoritativos en virtud de que contienen alguna propiedad social. De acuerdo con la Tesis Social, la afirmación de que el derecho es un artefacto social es en sí una verdad conceptual.

Aunque la interpretación más útil de la Tesis Social sirve para explicar la autoridad de los criterios de validez, también puede ser interpretada como una explicación de la autoridad de las *normas jurídicas de primer orden*. En esta reconstrucción de la versión de la tesis de Austin, una norma jurídica de primer orden es válida debido a que es el mandato de un soberano que está respaldado con una sanción. Lo que se explica es la validez de las normas de primer orden en términos del hecho social relevante, y no tanto la autoridad de la meta-norma; tales normas son válidas puesto que presentan una propiedad social compleja que incluye al soberano, sus intenciones y sus súbditos.⁵

Esta segunda versión de la Tesis Social opera en el mismo nivel que la llamada Tesis del Pedigrí. De acuerdo con la Tesis del Pedigrí, la regla de reconocimiento otorga criterios que solo validan a las normas promulgadas de acuerdo con ciertos requerimientos procedimentales; según esta perspectiva, una norma es jurídicamente válida en virtud de que tiene el tipo correcto de fuente o pedigrí. Austin suscri-

modo en que utilizó el término aquí, la interpretación de “autoridad” no connota una legitimidad moral.

⁵ Hart rechaza esta versión de la tesis, puesto que permite la posibilidad de criterios morales de validez. Así, como lo señala Coleman, “los dos aspectos de la Tesis Social —que el derecho debe ser identificable a través de hechos sociales y que la regla que establece los criterios de legalidad es una regla social— son independientes entre sí.” Coleman, Jules, “Second Thoughts and Other First Impressions,” en Bix, Brian (ed.), *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. 257-322, 264. De aquí en adelante, será referido como ST.

KENNETH EINAR HIMMA

be la Tesis del Pedigrí; según su perspectiva, la fuente apropiada que da lugar a la validez jurídica es el soberano. La Tesis Social también parece ser una versión de la Tesis del Pedigrí. Toda vez que la Tesis del Pedigrí explica la validez de las normas de primer orden en términos de hechos sociales, presupone esta versión de la Tesis Social.

En cambio, esta versión de la Tesis Social no presupone la Tesis del Pedigrí. Por ejemplo, podría haber una regla de reconocimiento que le otorgue validez a las normas que tienen un pedigrí correcto, así como a las normas (“derivadas”) que tienen alguna relación lógica (o moral) con las diversas normas que tienen un pedigrí correcto. En el fondo, la validez de cada norma jurídica puede ser explicada en términos de algún hecho social, pues la validez de las normas derivadas depende de la posición que tengan en relación con las normas que son válidas en virtud de algún hecho social. Según esta concepción, si el estatus jurídico de la norma con pedigrí cambia, también cambia el status jurídico de la norma derivada. Por lo tanto, podríamos decir que la validez de la norma derivada depende *inmediatamente* de la relación de su contenido con el contenido de la norma con pedigrí, pero *en última instancia* depende también en que se tengan presentes los hechos sociales relevantes en la norma con pedigrí. Así, aunque esta versión de la Tesis Social opera en el mismo nivel que la Tesis del Pedigrí, dichas tesis no son idénticas.

Todos los positivistas aceptan la Tesis Social en lo que atañe a la autoridad de la meta-regla; esto forma parte de los fundamentos compartidos que distinguen al positivismo jurídico de otras teorías conceptuales del derecho. Aunque muchos positivistas aceptan la Tesis Social en cuanto a la validez de las reglas de primer orden, no todos lo hacen. De hecho, la distinción entre positivismo incluyente y excluyente puede ser expresada en términos de esta versión de la Tesis Social. Los positivistas excluyentes aceptan la segunda versión de la Tesis Social, en tanto que los incluyentes la rechazan. Como lo veremos, algunos positivistas incluyen-

POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE

tes creen que hay normas que son jurídicamente válidas en virtud de su contenido moral —sin importar que tales normas tengan una relación lógica con el hecho de que tengan pedigree correcto o no—.

No obstante, es importante tomar en cuenta que los positivistas incluyentes Hartianos deben aceptar que en cada sistema jurídico conceptualmente posible habrá instituciones que, por un lado, permiten la existencia de normas de primer orden que son válidas en buena medida debido a algún hecho social. Simplemente, no podría haber un sistema jurídico en el que la meta-regla de reconocimiento se agote con criterios de validez basados en el contenido. Por ejemplo, de acuerdo con la noción de Hart, la regla simple “todas las reglas morales y solo ellas son jurídicamente válidas” no puede ser una regla de reconocimiento dado que no provee ningún mecanismo para cambiar y adjudicar el derecho. Según la postura de Hart, tal sistema de reglas sería a lo mucho una forma rudimentaria o primitiva de derecho; pero no podría ser un sistema jurídico puesto que carece de la maquinaria institucional apropiada para crear, cambiar y adjudicar el derecho.⁶

Por consiguiente, la teoría del derecho de Hart requiere la presencia de ciertas instituciones por medio de las cuales pueda crearse, modificarse y adjudicarse el derecho. Como veremos, esto no debe interpretarse como un rechazo por parte de la teoría de Hart a una regla de reconocimiento que pudiese validar algunas normas exclusivamente en vir-

⁶ Hart acepta que “Es posible, por supuesto, imaginar una sociedad sin una legislatura, tribunales o funcionarios de ningún tipo.” Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, cit., p. 91 [ubicada en la traducción en p. 112]. Sin embargo, el problema es que tal sistema contiene precisamente los defectos que la institución del derecho pretende corregir. Como lo diría Hart, un sistema tan simple de reglas es demasiado “estático” en tanto no posee un mecanismo formal para cambiar las reglas. De igual manera, este sistema simple es “ineficiente” dado que no posee mecanismos formales a través de los cuales se pueda ejercer una presión social frente al incumplimiento”. *Ibidem*, p. 93 [ubicada en la traducción en p. 116]). Así, Hart consideraría que éste es un sistema jurídico rudimentario o primitivo.

KENNETH EINAR HIMMA

tud de su contenido. Pero esto implica que la regla de reconocimiento debe definir ciertas estructuras institucionales, como las legislaturas y los tribunales, que posibilitan la existencia de normas de primer orden que son válidas en virtud de su pedigrí social, al menos en parte. Por esta razón, no podría existir un sistema jurídico definido *en su totalidad* por la meta-regla “todas las reglas morales y sólo ellas son jurídicamente válidas.”

Entonces, Hart acepta una versión modificada de la Tesis Social en tanto ésta opera para explicar la validez de normas de primer orden: en cada sistema jurídico conceptualmente posible, hay instituciones que posibilitan la existencia de normas jurídicas que son válidas, al menos en parte, gracias a que se satisfacen algunas condiciones sociales. Y dada la plausibilidad de esta tesis, debe también ser atribuida al positivismo incluyente en general.

2. *Las Tesis de Convencionalidad*

A. *La Tesis Débil de Convencionalidad*

La Tesis Débil de Convencionalidad suplementa la versión de Hart de la Tesis Social con una concepción más profunda y detallada del hecho social que explica la autoridad de los criterios de validez. De acuerdo con esta tesis, lo que explica la autoridad de los criterios de validez en cualquier sistema jurídico conceptualmente posible, es que tales criterios constituyen las bases de una convención social entre las personas que fungen como oficiales. Según la descripción de Coleman de esta tesis, “el derecho es posible gracias a una convergencia interdependiente de conducta y actitud... entre individuos, expresados en una regla social o convencional”.⁷

⁷ Coleman, Jules, “Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis,” *Legal Theory*, vol. 4, núm. 4, diciembre de 1998, pp. 381-426, 383. De aquí en adelante se le referirá como *ICP*.

POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE

La existencia de una convención social depende de una convergencia *tanto de conducta como de actitud*.⁸ Por ejemplo, muchas personas convergen en ponerse los dos calcetines antes que los zapatos, pero sería incorrecto estimar que esta conducta constituye una convención; pues nadie estaría inclinado a criticar a alguien que se pone un calcetín y un zapato en un pie antes que calzar el otro pie. Pero si, de repente, las personas consideran que la conducta desviada respecto del orden de ponerse los zapatos y los calcetines justifica una censura, ello sería suficiente para constituir de cierta manera como convención la forma de ponerse los calcetines y los zapatos. Luego, una convención social está constituida por una convergencia tanto de conducta como de actitud: además de una conducta de ajuste, debe haber una creencia compartida de que la desobediencia es una justificación legítima de la crítica.

Así, la existencia del derecho es posible gracias a una convergencia entre conducta y actitud. Según la explicación de Hart de este punto, “las reglas de conducta válidas según el criterio de validez último del sistema tienen que ser generalmente obedecidas, y... sus reglas de reconocimiento que especifican los criterios de validez jurídica, y sus reglas de cambio y adjudicación, tienen que ser efectivamente aceptadas por sus funcionarios como pautas o modelos públicos y comunes de conducta oficial”.⁹ De esta manera, la Tesis Débil de Convencionalidad explica la existencia del derecho en la medida en que hay una regla de reconocimiento *convencional* que valida las normas que son mínimamente eficaces al regular la conducta de los ciudadanos.

Si bien todos los positivistas, tanto excluyentes como incluyentes, coinciden en que los criterios de validez son au-

⁸ Entonces, Austin no acepta la Tesis Débil de Convencionalidad; pues desde su perspectiva, una simple convergencia de conducta (es decir, un hábito de obediencia) es suficiente para sostener a un sistema jurídico.

⁹ Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, cit., p. 113 [en la traducción corresponde a la p. 145].

KENNETH EINAR HIMMA

toritativos en virtud de una convención social de cierto tipo,¹⁰ difieren en cuanto al carácter de la convención que le confiere autoridad a los criterios de validez. En determinado momento, Coleman contempló la postura de que los criterios de validez son mejor entendidos como una convención de coordinación:

La regla de reconocimiento resuelve el problema de coordinación que surge al optar por un grupo particular de criterios de validez. Si acaso es una buena idea el tener derecho en sí, entonces es claramente mejor ponerse de acuerdo respecto de algún conjunto de criterios que el que no se tenga ningún acuerdo, aun si los individuos disienten el uno del otro sobre su clasificación de las opciones.¹¹

Por ende, una vez que se establece que un sistema jurídico es deseable por alguna razón (lo cual puede estar o no relacionado con la solución de un problema de coordinación), será necesario ponerse de acuerdo en un determinado grupo de criterios para determinar cuáles propiedades debe tener una norma para ser derecho. Por supuesto, distintos individuos podrían preferir diferentes criterios, pero cada uno tiene, presuntamente, una preferencia más fuerte a favor del estado de cosas en el que los mismos criterios son reconocidos por todos los oficiales frente al diverso estado de cosas en el que cada oficial reconoce sus propios criterios favoritos.

En respuesta a lo anterior, Marmor rechaza la idea de que la regla convencional de reconocimiento pueda ser formulada como una solución a un problema de coordinación:

Resulta algo incómodo el afirmar que las reglas que constituyen el juego de ajedrez son soluciones a un problema recurrente de coordinación. Anteriormente al juego de ajedrez, sim-

¹⁰ Leslie Green es una honrosa excepción. Véase, por ejemplo, Green, Leslie, "Positivism and Conventionality", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 12, núm. 1, enero de 1999, pp. 35-52.

¹¹ Coleman, Jules, "Incorporationism, Conventionality...", cit., p. 398.

POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE

plemente no había ningún problema que resolver... “Tengamos un juego intelectual competitivo” o algo parecido a esto no es un problema de coordinación... Si lo fuera, entonces “Tengamos una Constitución” también sería un problema de coordinación y, por supuesto, no lo es.¹²

El problema, según Marmor, es que la existencia de una convención de coordinación asume que las partes tienen una preferencia más fuerte a favor de acordar una solución frente a cualquier solución sustantiva particular. Pero, como lo señala, las personas no son indiferentes respecto del contenido de los criterios de validez: “Nos importa mucho a todos nosotros quién crea el derecho y cómo va a ser aplicado”.¹³

En cambio, Marmor visualiza a la regla de reconocimiento como una convención constitutiva. Las convenciones constitutivas se distinguen de las convenciones de coordinación en que aquéllas “constituyen el punto o valor de la actividad en sí misma, y es en este sentido que podemos hablar sobre prácticas autónomas”.¹⁴ Tal como, de acuerdo con Marmor, las reglas convencionales de ajedrez crean o constituyen el juego autónomo de ajedrez, los criterios convencionales de validez crean o constituyen la práctica social autónoma que es el derecho.

Por razones distintas, Coleman rechaza su anterior noción de que la regla de reconocimiento es necesariamente una convención de coordinación. De acuerdo con Coleman, “El estipular que la práctica social entre autoridades que es necesaria para la existencia de una Regla de Reconocimiento siempre debe ser representable como un juego de conflicto parcial, limitaría de manera arbitraria e infundada nues-

¹² Marmor, Andrei, “Legal Conventionality”, *Legal Theory*, Vol. 4, No. 4, diciembre de 1998, pp. 509-532, 521. De aquí en adelante se le referirá como *LC*.

¹³ *Ibidem*, p. 517.

¹⁴ *Ibidem*, p. 521.

KENNETH EINAR HIMMA

tro concepto de derecho”.¹⁵ Aquí la idea es que, en tanto una regla de reconocimiento está constituida en parte por una convergencia de actitud, la actitud relevante no necesita estar respaldada por un conjunto de preferencias que permitan la solución a un problema de coordinación.¹⁶ Como lo indica Coleman, “la gran mayoría [de nuestras prácticas sociales o convencionales] no pueden ser modeladas como soluciones a juegos de conflicto parcial”.¹⁷

Coleman considera que una explicación del carácter convencional del derecho debe estar ubicada en un nivel de abstracción más alto. En concordancia con Scott Shapiro, Coleman sostiene que la meta-regla convencional de reconocimiento es concebida de forma más plausible como una actividad cooperativa compartida (ACC).¹⁸ Coleman identifica tres rasgos característicos de una ACC: (1) cada participante en una ACC intenta ajustar su conducta a la conducta de los otros participantes; (2) cada participante está comprometido con la actividad común; y (3) cada participante está comprometido en apoyar los esfuerzos de los otros participantes por desempeñar sus roles apropiados dentro de la actividad común. Entonces, una ACC le permite a los participantes coordinar su conducta y también provee “un trasfondo que estructura la negociación relevante

¹⁵ Coleman, Jules, *The Practice of Principles: A Defence of A Pragmatist Approach to Legal Theory*, The Clarendon Lectures in Law, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 94. De aquí en adelante se le referirá como *POP*.

¹⁶ Coleman describe la estructura de esta preferencia de la siguiente manera: “Aunque la primer preferencia de cada persona consista en que todos apliquen su grupo favorito de [criterios de validez], cada uno prefiere (segundo) que todos apliquen el mismo tipo de criterios —sin importar cuál sea— por encima de la (tercera) alternativa de aplicar su propio grupo elegido en primer lugar a la vez que otros hacen lo mismo (lo cual equivale a la alternativa de no tener sistema jurídico en absoluto). *Ibidem*, p. 92.

¹⁷ *Ibidem*, p. 94.

¹⁸ Véase Shapiro, S., “Law, Plans and Practical Reason”, *Legal Theory*, vol. 8, núm. 4, diciembre de 2002, pp. 387-441. El concepto de una ACC se debe a Michael E. Bratman. Véase Bratman, Michael, “Shared Cooperative Activity”, *Philosophical Review*, Vol. 101, No. 2, Abril de 1992.

POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE

[entre los participantes] sobre cómo va a proceder la actividad común".¹⁹

Lo que resulta conceptualmente esencial para la práctica social que constituye una regla convencional de reconocimiento es que tiene la estructura normativa de una ACC. Es una verdad conceptual sobre el derecho el que los oficiales tienen que coordinar sus conductas entre sí de diversas maneras que sean receptivas de las intenciones y acciones de los oficiales; por ejemplo, lo que un juez hace en un caso particular depende de lo que otros jueces hayan hecho en casos similares. Del mismo modo, también es una verdad conceptual el que los oficiales están comprometidos con la actividad común y con apoyarse unos a otros; los oficiales responsables de promulgar leyes requieren tener la seguridad de un apoyo continuo por parte de las autoridades responsables de aplicar y ejecutar esas leyes. Según Coleman, ante la ausencia de rasgos normativos que constituyen una ACC, la práctica jurídica no es conceptualmente posible.²⁰

B. La Tesis Fuerte de Convencionalidad

Coleman sostiene, siguiendo a Hart, que es una verdad conceptual el hecho de que la regla de reconocimiento impone un deber jurídico a los oficiales de ajustarse a sus criterios de validez. De esta manera, Coleman y Hart suscriben:

¹⁹ Coleman, Jules, *The Practice of Principles...*, cit., p. 97.

²⁰ Coleman acepta que hay sistemas jurídicos conceptualmente posibles en los que la regla de reconocimiento es una convención constitutiva pero considera que esto es poco útil para la teoría. Según su perspectiva, la noción de una convención constitutiva deja sin explicar por qué las autoridades aceptarían en su conjunto dicha regla. En contraste, la noción de una convención coordinadora ayuda a explicar tal compromiso: en la medida en que un compromiso con un grupo compartido de criterios de validez es necesario para resolver un problema importante de coordinación, las autoridades tienen una razón para comprometerse de esta manera.

KENNETH EINAR HIMMA

“La Tesis Fuerte de Convencionalidad: La regla convencional de reconocimiento es una regla que impone deberes”.

La Tesis Fuerte de Convencionalidad afirma que los oficiales están *obligados* a aplicar las exigencias de la regla de reconocimiento al desempeñar sus funciones, y que es la regla de reconocimiento la que da lugar a esta obligación de forma autónoma. Por supuesto, las autoridades también podrían estar *moralmente* obligadas a aplicar la regla de reconocimiento; pero el que esto sea una obligación o no, es una cuestión contingente que depende de su contenido. En cambio, de acuerdo con la Tesis Fuerte de Convencionalidad, parte de la misma naturaleza del derecho radica en que la regla de reconocimiento obliga de forma autónoma a los oficiales a ajustarse a sus criterios de validez.

Aunque Raz y Marmor aceptan que los criterios de validez son convencionales y, en consecuencia, aceptan la Tesis Débil de Convencionalidad, cada uno rechaza la Tesis Fuerte de Convencionalidad. Por ejemplo, Raz rechaza la noción Hartiana de que los criterios de validez constituyen parte del derecho:

Me parece que responder a la cuestión de si una pretendida disposición jurídica existe como una disposición jurídica de un cierto sistema jurídico uno tiene que referirse, en última instancia, no a una disposición jurídica en sí sino a un criterio teórico jurídico. En última instancia uno tiene que referirse a un enunciado general que no describe una disposición jurídica sino una verdad general sobre el derecho.²¹

Por supuesto, Hart y Coleman niegan que la regla de reconocimiento sea válida (la idea de que los criterios de validez pueden a su vez ser válidos es incoherente) pero sostienen que es parte del derecho. En cambio, Raz cree que los

²¹ Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System*, 2nd. ed., Oxford, Clarendon Press, 1980, p. 200 [la cita corresponde a la traducción al español: Raz, Joseph, *El concepto de sistema jurídico*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, Universidad Nacional Autónoma de México, 1986, p. 238].

POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE

criterios de validez no son ni válidos ni parte del derecho. Mientras que los criterios de validez pueden ser expresados por medio de una regla de reconocimiento proposicional, no operan para regular la conducta de los oficiales. Por lo tanto, Raz considera que la regla de reconocimiento no es realmente una regla: no impone deberes ni guía la conducta de las autoridades (en el sentido relevante).

Marmor es todavía más categórico al rechazar la Tesis Fuerte de Convencionalidad, pues cree que una convención social, por sí misma, nunca puede dar lugar a una obligación:

Desde un punto de vista moral o político, las reglas de reconocimiento no pueden, por sí mismas, ser vistas como fuentes de obligación. El que los jueces o cualquier otra persona deban o no respetar las reglas de reconocimiento de un sistema jurídico, es un asunto puramente moral que sólo puede ser resuelto a través de argumentos morales... Y esto por lo general es así: la existencia de una práctica social no obliga a nadie, por sí misma, a llevar a cabo esa práctica.²²

²² Marmor, Andrei, "Legal Conventionism", *op. cit.*, p. 530. Sobre este particular, Raz no comparte el escepticismo de Marmor respecto de la posibilidad de una convención que da lugar a una obligación. Considerense, por ejemplo, las opiniones de Raz sobre lo que él llama la actitud de respeto por el derecho:

"[E]l respeto práctico que algunas personas tienen por el derecho es, en sí mismo, una razón para obedecer el derecho. El hecho de que este respeto no tenga una fundamentación externa ordinaria es reconocido por la aceptación de que no existe obligación de respetar el derecho, aun en un sistema jurídico bueno. Respetar el derecho en tales sociedades es permisible. Sin embargo, aquellos que respetan el derecho tienen una razón para obedecer, se encuentran, de hecho, bajo una obligación de obedecer. Su actitud de respeto es su razón —la fuente de su obligación—. La afirmación no es meramente que ellos reconozcan tal obligación, no es meramente que ellos piensen que se encuentran vinculados por una obligación, es que ellos realmente se encuentran bajo una obligación; están realmente obligados a obedecer". Raz, Joseph, *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979, p. 253 [la cita corresponde a la traducción al español, Raz, Joseph, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y*

KENNETH EINAR HIMMA

Según la perspectiva de Marmor, una convención constitutiva puede dar lugar a una institución que tiene sus propios valores y objetivos, pero nunca puede dar lugar a una razón independiente para participar en esa institución: “[así como] las reglas constitutivas del fútbol no pueden resolverme la pregunta sobre si debo jugar fútbol o no [,] las reglas de reconocimiento no pueden resolverle al juez, ni a cualquier otra persona, si uno debe actuar bajo las reglas del derecho o no”.²³

Irónicamente, el escepticismo de Marmor sobre la posibilidad de una convención de crear una obligación de forma autónoma podría derivar en última instancia de las propias razones que tiene Hart para rechazar la concepción de Austin de obligación jurídica. Hart rechazó de forma célebre la noción de Austin sobre la base de que la aplicación institucional de fuerza coercitiva no puede dar lugar a una obligación, en la misma medida en que tampoco puede hacerlo la aplicación de la fuerza coercitiva por un asaltante. Para parafrasear a Hart, el mandato de un asaltante puede *forzar* el cumplimiento, pero jamás puede *obligar* a ese cumplimiento.

Desafortunadamente, Hart no logró proporcionar recursos teóricos para proteger a su postura de sus propias críticas hacia Austin. Resulta bastante evidente que si el asaltante adopta el punto de vista interno respecto de su autoridad para realizar la amenaza, la situación no es nada diferente. A pesar de la creencia del asaltante de que está facultado para realizar esa amenaza, la víctima está forzada, pero no está obligada, a cumplir con las órdenes del asaltante. La conducta del asaltante no es menos coercitiva por el hecho de que crea que está facultado para realizar la amenaza. De manera similar, un sistema jurídico no es me-

moral, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, segunda edición, Universidad Nacional Autónoma de México, 1985, p. 312] En la medida en que una convención social está respaldada por la actitud apropiada de respeto, esta convención podría dar lugar a una obligación, según Raz.

²³ Marmor, Andrei, “Legal Conventionalism”, *op. cit.*, p. 530.

POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE

nos coercitivo simplemente porque los oficiales adopten el punto de vista interno frente a la regla de reconocimiento.

Mientras que el objetivo del análisis de Coleman de la regla de reconocimiento entendida como una ACC es el explicar la estructura normativa de la práctica social que la respalda, también va muy lejos a fin de rescatar a Hart de sus propias críticas de Austin. Parte del problema para Hart es que su análisis del punto de vista interno parece insuficiente para explicar cómo puede una regla de reconocimiento dar lugar a obligaciones autónomas.²⁴ El tomar el punto de vista interno respecto de la regla únicamente podría limitarse a considerarla como un estándar para criticar la conducta desviada; en efecto, Hart cree que un oficial puede aceptar la regla de reconocimiento por cualquier razón, incluso razones puramente prudenciales. Pero la aceptación unilateral de una persona de la regla como un estándar, por sí misma, no puede obligarla a acatar la regla; por ejemplo, un oficial que cambia su actitud frente a la regla de reconocimiento no puede extinguir sus obligaciones bajo esa regla. Por esta razón, la mera convergencia de aceptaciones independientes entre oficiales no puede obligar a acatar la regla a ninguno de ellos.²⁵

²⁴ Sin embargo, puede proporcionar una explicación más limitada de la normatividad de la regla de reconocimiento. Resulta claro que la conducta de una persona A puede ser una razón para que actúe una persona B. En la medida en que B tiene una preferencia de que su conducta se ajuste a la conducta de A, el que A haga **3** puede dar lugar claramente a una razón de que B también haga **3**. Más aún, en la medida en que A está comprometido con considerar la conducta de B como un estándar frente al cual criticar las desviaciones, el que B haga **3** puede ser una razón de mayor peso para que A haga **3**, en comparación con que el compromiso de A de hacer lo que hace B fuese simplemente una preferencia de que la conducta de A y B converjan. Así, el tomar el punto de vista interno hacia la conducta de otros puede convertirse en una razón para hacer lo que hacen los otros.

²⁵ Pero nótese que Coleman sostiene que Hart nunca pretendió que su análisis del punto de vista interno explicara cómo las reglas sociales dan lugar a obligaciones. Véase Coleman, Jules, “Incorporationism, Conventionality...”, *cit.*, p. 400.

KENNETH EINAR HIMMA

Es aquí en donde la noción de una ACC puede contribuir a explicar cómo una práctica social puede dar lugar a obligaciones. La noción de una ACC involucra algo más que una simple convergencia de aceptaciones unilaterales de la regla de reconocimiento. Involucra un *compromiso* en conjunto, por parte de los participantes, hacia la actividad gobernada por la regla de reconocimiento. Respecto a los jueces, Coleman lo plantea de la siguiente manera: “la mejor explicación de la capacidad de respuesta entre unos y otros jueces reside en su compromiso con el propósito de hacer posible la existencia de una práctica jurídica duradera”.²⁶ Y no hay misterio (al menos, no uno que le corresponda resolver a un teórico del derecho) sobre cómo los compromisos en conjunto pueden dar lugar a obligaciones; en la medida en que tales compromisos generan confianza y crean un conjunto justificado de expectativas (ya sea de forma explícita o no), pueden dar lugar a obligaciones. Así, si es una verdad conceptual el hecho de que cada regla de reconocimiento tiene la estructura de una ACC, también lo es el que cada regla de reconocimiento impone una obligación institucional por parte de los oficiales.

No obstante, mientras que el análisis de Coleman muestra cómo una regla de reconocimiento Hartiana puede dar lugar a obligaciones para los oficiales, ello sólo es una defensa parcial de Hart frente a su propia crítica de Austin. El simple hecho de que los oficiales se comprometan con la actividad jurídica no puede dar lugar a una obligación por parte de los *ciudadanos* de cumplir con las leyes creadas por los oficiales como parte de este compromiso. Por ejemplo, una ACC puede obligar a los miembros de una comunidad religiosa a evaluar incluso la conducta de aquellos que no son miembros sobre la base de leyes religiosas, pero no puede obligar a los que no son miembros a ajustarse a esas leyes. Entonces, si el ejemplo del asaltante de Hart es una crítica válida hacia Austin, un sistema jurídico mínimo en el que no existe compromiso por parte de los ciudadanos de

²⁶ Coleman, Jules, *The Practice of Principles...*, cit., p. 97.

POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE

sujetarse a un sistema jurídico, no puede dar lugar a una obligación por parte de los ciudadanos de ajustarse a sus leyes. En tanto tales leyes son aplicadas por el poder policial del Estado, el sistema jurídico mínimo de Hart no es menos coercitivo que el sistema jurídico Austiniano, aun si es complementado con la noción de una ACC.²⁷

C. La Tesis de la Separabilidad

La última tesis que se encuentra en los fundamentos del positivismo es la Tesis de la Separabilidad. Dicha tesis sostiene, en su forma más general, que el derecho y la moral son conceptualmente distintos. Esta formulación abstracta puede ser interpretada de diversas formas. Por ejemplo, Klaus Füßer la interpreta como una afirmación de meta-nivel de que la definición del derecho debe estar completamente libre de nociones morales.²⁸ Esta interpretación implica que cualquier referencia a consideraciones morales al definir las nociones como derecho, validez jurídica y sistema jurídico, no es consistente con la Tesis de la Separabilidad.

Es todavía más común interpretar a la Tesis de la Separabilidad como una afirmación a nivel objeto sobre las con-

²⁷ El resolver este problema podría requerir en última instancia rechazar la postura de Hart en cuanto a que un sistema jurídico no puede ser puramente coercitivo —un paso que, me parece, es el correcto—. Una cosa es afirmar que las obligaciones jurídicas no son *esencialmente* coercitivas; otra distinta, el decir que *no pueden* ser puramente coercitivas. Hart parece haber sobreestimado las carencias de la teoría del derecho de Austin. Para una discusión de este punto, véase Himma, Kenneth Einar, “Law’s Claim of Legitimate Authority”, en Coleman, Jules (ed.), *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001; y Kramer, Matthew H., “Requirements, Reasons, and Raz: Legal Positivism and Legal Duties”, *Ethics*, vol. 109, núm. 2, enero de 1999.

²⁸ Füßer, Klaus, “Farewell to «Legal Positivism»: The Separation Thesis Unravelling,” en George, Robert P., *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*, Oxford: Clarendon Press, 1996, pp. 119-162.

KENNETH EINAR HIMMA

diciones de existencia para la validez jurídica. De acuerdo con la interpretación a nivel objeto de la Tesis de la Separabilidad, no es en sí una verdad conceptual el que los criterios de validez incluyen principios morales.²⁹ Así, la interpretación a nivel objeto sostiene que existe un sistema jurídico conceptualmente posible en el que la validez jurídica de una norma no depende de sus méritos morales. En otras palabras, la Tesis de la Separabilidad afirma que existe al menos un sistema jurídico conceptualmente posible en el que los criterios de validez están basados exclusivamente en fuentes o en pedigrí.

II. PERSPECTIVA HISTÓRICA DE LA TESIS DE LA INCORPORACIÓN

La Tesis de la Separabilidad del positivismo niega que la validez de una norma dependa necesariamente de sus méritos morales sustantivos; como lo expresa H. L. A. Hart, “en ningún sentido es necesariamente verdad que las normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral, aunque de hecho suele ocurrir así”.³⁰ En concordancia, la Tesis de la Separabilidad implica que es lógicamente posible que aquello que constituye un sistema jurídico excluya normas morales de los criterios que determinan si un estándar es jurídicamente válido. En dicho sistema jurídico, la conformidad con (o coherencia con) un conjunto de normas morales no es condición necesaria ni suficiente para que una norma sea jurídicamente válida.

Sin embargo, el saber que puede haber sistemas jurídicos sin criterios morales de validez, no nos dice nada sobre si puede haber o no sistemas jurídicos *con* criterios morales de validez. Los positivistas incluyentes suscriben la Tesis de la Incorporación, según la cual hay sistemas jurídicos conceptualmente posibles en los que los criterios de validez incluyen

²⁹ Nótese que la Tesis de la Separabilidad, interpretada de esta manera, es una consecuencia lógica directa de la Tesis Débil de la Convencionalidad.

³⁰ Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, cit., pp. 185 y 186.

POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE

normas morales sustantivas. En estos sistemas jurídicos la validez jurídica de una norma depende, al menos en parte, de la relación lógica de su contenido con el contenido de las normas morales relevantes.

Hay dos componentes de la Tesis de la Incorporación que corresponden a dos maneras en las que la validez de una norma podría depender de los méritos morales de su contenido. De acuerdo con el Componente de Suficiencia, hay sistemas jurídicos conceptualmente posibles en los que una condición suficiente para que una norma sea jurídicamente válida consiste en que reproduzca el contenido de algún principio moral. Entonces, el Componente de Suficiencia permite que una norma no promulgada sea jurídicamente válida en virtud de su contenido moral. De acuerdo con el Componente de Necesidad, hay sistemas jurídicos conceptualmente posibles en los que una condición necesaria para que una norma sea jurídicamente válida estriba en que su contenido sea consistente con algún conjunto de normas morales.³¹ Consecuentemente, el Componente de Necesidad le permite a la moral servir como una limitante al derecho promulgado; para que una norma sea válida, no basta con que su contenido guarde la relación lógica apropiada con el contenido de algunas normas morales.

El Componente de Necesidad de la Tesis de la Incorporación fue articulado por primera vez en el debate de Hart con

³¹ Nótese que la relación lógica relevante difiere en cada uno de los componentes. Mientras que la relación relevante en el Componente de Necesidad es la relación de consistencia, en el caso del Componente de Suficiencia se trata de la relación de conformidad. El Componente de Suficiencia no podría usar la relación de consistencia porque validaría normas inconsistentes; hay muchas proposiciones *P* que permiten que tanto *P* como $\sim P$ sean consistentes con la moral. Una ley que le exige a los conductores transitar en el lado derecho del camino no es menos consistente con los principios morales que una ley que les exige hacerlo en el lado izquierdo. De igual forma, el Componente de Necesidad no podría usar la relación de conformidad porque resultaría en muy pocas normas —al menos en los sistemas jurídicos modernos. Muchas leyes pretenden ser soluciones a problemas de coordinación y, por lo tanto, no reproducen el contenido de alguna norma moral.

KENNETH EINAR HIMMA

Lon L. Fuller. En *La moral del derecho*, Fuller sostuvo que la función conceptual del derecho es guiar la conducta.³² Según Fuller, para ser capaz de cumplir la función conceptual del derecho, un sistema de reglas debe satisfacer los siguientes principios: (P1) las reglas deben ser expresadas en términos generales; (P2) las reglas deben ser promulgadas públicamente; (P3) las reglas deben ser (en su mayor parte) prospectivas en sus efectos; (P4) las reglas deben estar expresadas en términos comprensibles; (P5) las reglas deben ser consistentes entre sí; (P6) las reglas no deben exigir conductas más allá de los poderes de las partes afectadas; (P7) las reglas no deben ser cambiadas tan frecuentemente, de manera que los súbditos no puedan basarse en ellas; y (P8) las reglas deben ser administradas de manera consistente con su redacción.³³ De acuerdo con Fuller, ningún sistema de reglas que no logre satisfacer estos “principios de legalidad” puede cumplir el propósito del derecho de alcanzar el orden social a través del uso de reglas que guían la conducta.

Fuller creyó que su teoría funcionalista del derecho tenía una ventaja importante sobre la teoría de Hart: los principios de legalidad operan como limitantes morales a la conducta de los legisladores y con ello se muestra que, *contra Austin*, los legisladores no necesariamente tienen discrecionalidad ilimitada para crear derecho. En la perspectiva de Fuller, la noción de Hart de una regla de reconocimiento no es consistente con ningún tipo de límites a la legislación promulgada: “Hart parece interpretar dentro de esta descripción la noción adicional de que la norma no puede contener disposición alguna expresa o tácita al efecto de que la autoridad que ésta confiere pueda ser retirada por abusar de ella.”³⁴ En la medida en que no hay manera de restringir la autoridad legis-

³² Fuller, Lon L., *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1963 [hay versión en español, véase Fuller, Lon L., *La moral del derecho*, trad. de Francisco Navarro, México, Editorial F. Trillas, 1967]. De aquí en adelante será referida como *MD*.

³³ *Ibidem*, p. 39 [ubicada en la traducción en la p. 49].

³⁴ *Ibidem*, p. 137 [ubicada en la traducción en la p. 153].

POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE

lativa en la teoría de Hart, él está comprometido con la discrecionalidad legislativa ilimitada —una proposición que es difícil de reconciliar con lo que parecen ser límites al derecho promulgado en muchos sistemas jurídicos—.

En respuesta, Hart negó la asunción de Fuller de que una regla de reconocimiento no puede contener límites sustantivos a la conducta legislativa: “[Una] constitución podría incluir entre sus restricciones al poder legislativo, incluso de su suprema legislatura, no sólo una conformidad con el debido proceso sino también una disposición completamente general de que se cancele su poder jurídico si sus mandatos llegan a entrar en conflicto con principios de moralidad y justicia”.³⁵ Aquí, Hart plantea dos argumentos diferentes: (1) el contenido de la legislación puede ser limitado por principios morales, como el debido proceso; y (2) el poder de la legislatura puede ser revocado si no logra crear legislación que esté en conformidad con la moral. No está claro si estos dos argumentos son a fin de cuentas equivalentes; pero el primero es justamente el Componente de Necesidad de la Tesis de la Incorporación.

En cambio, el Componente de Suficiencia de la Tesis de la Incorporación fue desarrollado después en respuesta al análisis de Dworkin del caso *Riggs vs. Palmer* (el “Problema Original”).³⁶ En el caso *Riggs*, el tribunal tomó en cuenta la pregunta de si a un asesino debería permitírsele beneficiarse del testamento de su víctima. En el momento en que el caso fue decidido, ni los códigos ni los precedentes que regulaban los testamentos prohibían expresamente tales beneficios. A pesar de esto, el tribunal negó otorgarle al acusado su herencia testamentaria sobre la base de que el hacerlo así sería in-

³⁵ Hart, H. L. A., “Book Review of The Morality of Law”, 78 *Harvard Law Review*, 1965, p. 1281, reimpreso en Hart, H. L. A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 361.

³⁶ Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977 [para la versión en español, véase Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, quinta reimpresión, España, Ariel, 2002]. De aquí en adelante se le referirá como LDS.

KENNETH EINAR HIMMA

consistente con el principio de que ninguna persona puede beneficiarse de su propio mal proceder (el principio *Riggs*). Dado que los jueces podrían haber sido criticados “correctamente” al no considerar este principio, el principio *Riggs*, según Dworkin, debe ser caracterizado como parte del derecho de la comunidad.

Dworkin argumenta que el carácter jurídico del principio *Riggs* no es consistente con el positivismo porque la validez de un principio no puede derivar de criterios basados en el pedigree o en las fuentes: “aun cuando se apoyen en los actos oficiales de instituciones jurídicas, los principios no tienen como tales actos una conexión lo bastante simple y directa como para que quede enmarcada en función de los criterios especificados por alguna regla maestra final de reconocimiento”.³⁷ Lo que explica la validez del principio *Riggs*, en la visión de Dworkin, no es su pedigree o su fuente, sino más bien su contenido: el principio de que ninguna persona debe beneficiarse con su mal proceder es jurídicamente válido porque es una exigencia moral de justicia.

El positivista tiene una serie de jugadas disponibles a manera de respuesta.³⁸ Por ejemplo, el positivista puede exponer que los jueces en el caso *Riggs* fueron más allá del derecho al decidir el caso sobre la base del principio moral de que ninguna persona debe beneficiarse con su propio mal proceder. Desde esta línea de razonamiento, el principio *Riggs* no es ni jurídicamente válido ni vinculante (en el sentido de que una ley de otro país puede ser jurídicamente vinculante para un juez en un caso que involucra el derecho de dicho país.) Los jueces en *Riggs* tuvieron libertad para decidir entre aplicar o ignorar este principio en el ejercicio de la discreción judicial fuerte. Pero esto, por supuesto, no es una respuesta plausible. La mera subsistencia de tales principios en la toma de decisiones judicial y las expectativas del público respecto de esas prácticas sugieren que los jueces están *obligados* a to-

³⁷ *Ibidem*, p. 41 [el pasaje se retoma de la versión en español, p. 96].

³⁸ La siguiente discusión tiene una deuda evidente con la discusión de Coleman de este asunto en *ICP*.

POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE

mar en consideración tales principios al decidir los casos difíciles —aun cuando resulte que Dworkin está equivocado al pensar que son parte del derecho—.

David Lyons adopta una estrategia distinta; en su opinión, las críticas de Dworkin residen en una caricatura del positivismo de Hart:

La crítica de Dworkin... recurre a una falsa idea del positivismo jurídico, en específico, que el uso del “pedigrí” por parte de los positivistas como un parámetro de estándares jurídicos excluye los parámetros de “contenido”. ... Hart afirma que podemos pensar que cada sistema jurídico tiene una “regla de reconocimiento”, la cual, de ser formulada, expresaría los criterios máximos que usan los oficiales al validar estándares jurídicos... Parece que Hart no le pone límites al tipo de parámetro que podría ser empleado por los oficiales, y la razón es simple: puede decirse que, a diferencia de otras reglas jurídicas, la regla de reconocimiento existe solo en virtud de la práctica actual de los oficiales. No hay nada más que determine el contenido de esta regla. Los parámetros para saber si algo es derecho en un sistema son definidos por los oficiales —y Hart sugiere que las posibilidades no tienen límites.³⁹

En la medida en que no hay límites para el contenido de una regla de reconocimiento, ésta puede incorporar criterios de validez que consideren al mérito moral como una condición suficiente para la validez jurídica. Entonces, como lo destaca Philip Soper, no hay nada en Hart que excluya lógicamente a una regla de reconocimiento que esta-

³⁹ Lyons, David, “Principles, Positivism, and Legal Theory”, 87 *Yale Law Journal* 415, 1977, pp. 423-24. Véase también Coleman, Jules, “Negative and Positive Positivism”, 11 *Journal of Legal Studies*, 1982, p. 139, reimpresso en Cohen, Marshall, *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, NJ, Rowman & Allanheld, 1983. De aquí en adelante se le referirá como *NAPP*. Coleman no fue el primero en formular el Componente de Suficiencia como solución al Problema Original, pero sí es el principal responsable de su ulterior desarrollo e importancia para la filosofía del derecho.

KENNETH EINAR HIMMA

blezca que todas las disputas deben ser resueltas tal como lo exige la justicia.⁴⁰

Generalmente se asume que Hart acepta el Componente de Suficiencia, pero él nunca lo suscribió de forma clara e indudable. Lo más cerca que estuvo Hart de adoptar el Componente de Suficiencia fue en sus comentarios en el Postscript donde rechaza el positivismo de “hechos simples” a favor de la Tesis de la Incorporación:

Dworkin, al atribuirme una doctrina de ‘positivismo de meros hechos’ ha manejado erróneamente mi teoría... como requiriendo... que los criterios de validez jurídica que la regla proporciona deban consistir exclusivamente del tipo específico de meros hechos que él llama asuntos de ‘pedigrí’... [Esto] ignora mi aceptación explícita de que la regla de reconocimiento puede incorporar como criterios de validez jurídica la conformidad con principios morales o valores sustantivos.⁴¹

La noción de Dworkin, según Hart, de que el positivismo está comprometido con criterios de validez basados exclusivamente en fuentes es un malentendido de la teoría de Hart: “no hay nada en mi [teoría que sugiera que] ... los criterios de ‘meros hechos’ proporcionados por la regla de reconocimiento tengan que ser únicamente cuestiones de pedigrí; por el contrario, pueden ser límites sustantivos al contenido de la legislación como las Enmiendas Dieciséis o Diecinueve de la Constitución de Estados Unidos”.⁴²

Si bien a partir de este pasaje es evidente que Hart apoya el Componente de Necesidad, no lo es tanto el que apoye o

⁴⁰ Soper, P., “Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute”, *Michigan Law Review*, vol. 75, enero de 1977, p. 473.

⁴¹ Hart, H. L. A., *The Concept of Law...*, cit., p. 250 [existe traducción al español, véase Hart, H. L. A., *Post scriptum al concepto de derecho*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 26].

⁴² *Idem*.

POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE

no el Componente de Suficiencia.⁴³ No obstante, la interpretación más plausible de Hart es que se comprometió con ambos componentes. En primer lugar, como lo señala Lyons, Hart rechaza la idea de que hay límites al contenido de la práctica social que da pie a la regla de reconocimiento; en efecto, el propio Hart afirma que “no hay... restricción lógica alguna al contenido de la regla de reconocimiento.”⁴⁴ En segundo lugar, como lo sostiene Coleman, el objetivo de Hart al reafirmar la Tesis de la Incorporación como respuesta a Dworkin fue mostrar que el positivismo podía albergar su postura de que el principio *Riggs* es jurídicamente válido porque es una exigencia moral de justicia.⁴⁵ Ya que sólo el Componente de Suficiencia puede albergar el análisis de Dworkin del caso *Riggs*, la interpretación más plausible de Hart es que él adopta ambos componentes de la Tesis de la Incorporación.

Los positivistas excluyentes adoptan una estrategia diferente para responder al Problema Original. Rechazan el análisis de Dworkin del caso *Riggs*, y, en cambio, sostienen que la autoridad del principio *Riggs* debe ser explicada en cuanto a que tiene una fuente autoritativa. De ahí que los positivistas excluyentes niegan la Tesis de la Incorporación y suscriben, en cambio, la Tesis de las Fuentes, según la cual la existencia y el contenido del derecho siempre pueden ser determinados por referencia a sus fuentes sin recurrir a argumentos morales.

Sin embargo, el negar la Tesis de la Incorporación no implica que los positivistas excluyentes se comprometan con negar el hecho obvio de que los sistemas jurídicos frecuentemente incluyen criterios de validez que son descritos a través de un lenguaje moral. Los positivistas excluyentes aceptan, como deben hacerlo, tanto que los criterios de va-

⁴³ Algunos positivistas incluyentes, como Waluchow o Kramer, sólo suscriben el Componente de Necesidad de la Tesis de la Incorporación.

⁴⁴ Hart, H. L. A., “Book Review of The Morality of Law”, *cit.*, p. 361.

⁴⁵ Véase, en general, Coleman, Jules, *The Practice of Principles...*, *cit.*, capítulo 8.

KENNETH EINAR HIMMA

litez a menudo contienen lenguaje moral, como que los jueces llevan a cabo argumentación moral al tomar decisiones sobre la validez de los actos judiciales y legislativos.

Lo que niegan los positivistas excluyentes es que la presencia de un lenguaje moral en una regla de reconocimiento logre que ciertos requerimientos morales sean parte del Derecho; dicho de otra manera, niegan que las disposiciones ostensiblemente morales contenidas en una regla de reconocimiento logren incorporar contenido moral a los criterios de validez.⁴⁶ En vez de eso, argumentan que tales disposiciones, si son parte del derecho, deben ser interpretadas como directrices que, bajo ciertas circunstancias, los tribunales visualizan como normas morales. Por ejemplo, los positivistas excluyentes interpretan que la Octava Enmienda exige a los jueces tomar en consideración los estándares morales que prohíben la残酷, a fin de determinar si la administración de ciertos castigos está permitida; estos estándares morales son vinculantes pero no son derecho. Por supuesto, obedecer esta directriz implica que los jueces utilizarán precisamente el tipo de argumentos morales que parecen ser comunes en los casos constitucionales. Pero los positivistas excluyentes insisten en que los fallos judiciales sobre estas cuestiones necesariamente implican el crear derecho en el ejercicio de la discrecionalidad judicial. Por lo tanto, según esta perspectiva, las disposiciones de la regla de reconocimiento que incluyen lenguaje

⁴⁶ Pero es importante destacar que la Tesis de las Fuentes no obliga al positivista excluyente a afirmar que nunca es posible que el Derecho incorpore la moralidad. La Tesis de las Fuentes y la Tesis de la Incorporación son posturas sobre lo que puede incluirse en una *regla de reconocimiento*. En sus propios términos, la Tesis de las Fuentes solo sostiene que los criterios de validez consisten completamente en estándares basados en fuentes relacionados con las condiciones procedimentales bajo las cuales el derecho puede ser promulgado. Así, mientras que la Tesis de las Fuentes descarta la incorporación de un contenido moral dentro de la regla de reconocimiento, no hay nada en la Tesis de las Fuentes que, por sí mismo, obligue al positivista excluyente a negar que el derecho pueda incorporar principios morales en reglas primarias.

POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE

moral logran, a lo mucho, incorporar al derecho opiniones judiciales sobre moralidad.⁴⁷

Pareciera ser que los positivistas incluyentes tienen la postura más fuerte, dado que su interpretación de las prácticas jurídicas relevantes parece ser más fácil de reconciliar tanto con el lenguaje de las directrices que incluyen términos morales, como con las prácticas de abogados y jueces que derivan de ellas.⁴⁸ Después de todo, la Octava Enmienda establece que “[No se] infligirán penas crueles y desusadas” y no que “los jueces deben consultar la noción moral de残酷 para decidir si confirman un tipo de castigo o no”. Pero los críticos del positivismo incluyente han desarrollado una serie de argumentos que pretenden demostrar que el positivismo jurídico incluyente es conceptualmente incoherente. De acuerdo con estos críticos, que van desde anti-positivistas como Dworkin hasta positivistas excluyentes como Raz y Shapiro, el positivismo incluyente es insostenible porque la Tesis de la Incorporación no es consistente con otros compromisos básicos del positivismo.

⁴⁷ Por esta razón, el positivismo excluyente no puede ser “falseado” por el hecho obvio de que las Constituciones escritas a menudo contienen cláusulas que son expresadas a través de un lenguaje moral.

⁴⁸ Muchos teóricos, como Waluchow, aceptan el Componente de Necesidad debido a su precisión descriptiva; el Componente de Necesidad es más coherente que otras teorías positivistas con el hecho empírico de que las disposiciones constitucionales incluyen frecuentemente un lenguaje explícitamente moral que limita a la función legislativa. Para estos teóricos, la Tesis de la Incorporación disfruta de un estatus epistémico especial: en la medida en que un argumento C sobre la práctica jurídica entra en conflicto con la Tesis de la Incorporación, ello constituye una razón *pri-ma facie* para rechazar C. Coleman difiere de esta postura: “La disputa entre positivistas excluyentes e incluyentes no puede ser resuelta sobre bases descriptivas, por la simple razón de que la disputa no es una de tipo descriptivo”. Coleman, Jules, *The Practice of Principles...*, cit., p. 109. Para Coleman, la cuestión versa sobre si existe o no un marco *conceptual* coherente que incluya la Tesis de la Incorporación.

KENNETH EINAR HIMMA

III. LA TESIS DE LA INCORPORACIÓN Y LA TESIS SOCIAL

En “El Modelo de las Normas (I)”, Dworkin anticipa la solución Hartiana al Problema Original y la rechaza. Según su perspectiva, la validez de los principios jurídicos no puede ser explicada por una regla de reconocimiento que únicamente define criterios sociales de validez:

[N]o podríamos idear ninguna fórmula que sirviera para probar cuánto apoyo institucional, y de qué clase, es necesario para convertir un principio en principio jurídico, y menos todavía para fijar su peso en un orden de magnitud determinado. Para abogar por un principio en particular hemos de luchar a brazo partido con todo un conjunto de estándares cambiantes, que evolucionan e interactúan... referentes a la responsabilidad institucional, a la interpretación de la ley, a la fuerza persuasiva de diversos tipos de precedentes, a la relación de todo ello con las prácticas morales contemporáneas y con multitud de otros estándares semejantes. No podemos reunir todo esto para formar una única ‘norma’, por compleja que fuse, y supiéramos, el resultado no tendría mucha relación con la imagen que presenta Hart de una regla de reconocimiento.⁴⁹

Entonces, el problema con la solución de Hart es que una regla de reconocimiento no puede especificar cuánto peso debe dársele a un principio, toda vez que su peso sólo puede ser determinado mediante estrategias complejas de razo-

⁴⁹ Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously...*, cit. pp. 40-41 [la traducción corresponde a la versión en español, p. 95]. Hablando estrictamente, aquí la crítica de Dworkin es aplicable a cualquier intento de explicar la validez jurídica de principios morales en términos de una regla de reconocimiento, incluyendo los intentos del positivismo excluyente de explicar la autoridad vinculante de tales principios en términos de la promulgación formal. Véase Raz, Joseph, “Legal Principles and the Limits of Law”, *Yale Law Journal*, vol. 81, 1972, p. 823. No obstante, incluyo aquí una breve discusión sobre esta crítica debido a su importancia histórica y porque el argumento de que los principios morales pueden ser jurídicamente válidos en virtud de fuentes (y no de contenido) es levemente incorporacionista.

POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE

namiento moral que, a su vez, no pueden ser expresadas por una regla de reconocimiento.

Esta línea de críticas presupone que la función conceptual de una regla de reconocimiento es dotar de una prueba que decida todas las cuestiones sobre derecho. En efecto, tal como Dworkin describe la postura de Hart, es una verdad conceptual el que “en todo sistema jurídico existe algún criterio del derecho, comúnmente aceptado, que tiene la forma de una regla social, y esto basta para distinguir los principios y normas jurídicos de los morales”.⁵⁰ Pero, de acuerdo con Dworkin, no puede haber una “prueba” para resolver cuestiones de derecho que involucran estándares con dimensiones de peso: el papel que tales estándares juegan en el razonamiento jurídico es demasiado complejo como para ser capturado por algo tan simple como una prueba.

Este argumento de Dworkin fracasa porque no hay nada en el concepto de una regla de reconocimiento que obligue al positivista a afirmar que aquélla provee una “prueba” que elimine la incertidumbre sobre lo que los principios y las normas jurídicamente válidos requieren. En este sentido, Hart escribe lo siguiente:

[Gran parte de la crítica de Dworkin] descansa en un malentendido sobre la función de la regla. Este malentendido supone que la regla es hecha para determinar, por completo, el resultado jurídico en casos particulares, de forma que cualquier cuestión jurídica que surja en cualquier caso podría ser resuelto recurriendo meramente a los criterios o pruebas proporcionados por la regla de reconocimiento. Pero esto es un error.⁵¹

En efecto, Hart cree que la incertidumbre respecto de lo que requiere el derecho es inevitable: “Cualquiera sea la técnica... que se escoja para comunicar pautas o criterios

⁵⁰ Dworkin, Ronald, *op. cit.*, p. 60 [ubicado en la traducción al español en la p. 120].

⁵¹ Hart, H.L.A., *The Concept of Law...* *cit.*, p. 258 [la traducción corresponde al texto en español, *Postscriptum, cit.*, p. 36].

KENNETH EINAR HIMMA

de conducta, y por mucho que ést[a]s operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán ser indeterminadas; tendrán lo que se ha dado en llamar una *textura abierta*⁵². Siempre que una disputa jurídica involucre una cuestión que implica una textura abierta de una regla, “en los casos concretos particulares pueden surgir dudas sobre cuáles son las formas de conducta exigidas por ellas”⁵³.

Más aún, como lo señala Coleman, una regla de reconocimiento no necesita desempeñar función alguna de identificación: “La regla de reconocimiento fija condiciones de validez o de membresía. Puede también cumplir un papel epistémico, aunque no necesita hacerlo. Puede servir como el medio a través del cual los individuos identifican al derecho y a su contenido, pero no necesita hacerlo”⁵⁴. A manera de hecho empírico, la mayoría de los ciudadanos y abogados ordinarios no usan directamente la regla de reconocimiento como una regla de identificación. En cambio, dependen de reportes oficiales y no oficiales para que identifiquen oraciones que supuestamente fueron promulgadas de acuerdo con la regla de reconocimiento. En tanto que tales individuos dependen indirectamente de la regla de reconocimiento, al confiar en que estos reportes reproduzcan con certeza las oraciones que satisfacen las condiciones de validación de la regla, no están usando la regla de reconocimiento directamente para identificar oraciones que dan lugar a derecho válido. Por supuesto, esto no impide usar la regla de reconocimiento como una regla de identificación, pero sí muestra que la regla de reconocimiento no necesita cumplir esa función.

Lo que sí es esencial en el concepto de una regla de reconocimiento es que proporciona las condiciones que deben

⁵² *Ibidem*, pp. 127-128 [en la traducción al español, se ubica en *El concepto de derecho*, cit. p. 159].

⁵³ *Ibidem*, p. 126 [p. 157 de la versión en español].

⁵⁴ Coleman, Jules, “Incorporationism, Conventionality...”, cit., p. 416.

POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE

ser satisfechas por una norma para que sea considerada jurídicamente válida. Así, la regla de reconocimiento fija condiciones de *validez*: una norma jurídica tiene la propiedad de validez porque y sólo porque satisface los criterios contenidos en la regla de reconocimiento. Por ejemplo, la regla que prohíbe matar intencionalmente en Washington es válida porque y sólo porque fue emitida por la legislatura de acuerdo con los procedimientos descritos en la regla de reconocimiento. La crítica de Dworkin, entonces, fracasa no sólo en la medida en que asume que la regla de reconocimiento debe proveer una “prueba” para identificar cuestiones sobre derecho, sino también en la medida en que asume que la regla de reconocimiento debe establecer condiciones de *identificación*.

IV. LA TESIS DE LA INCORPORACIÓN Y LA TESIS DÉBIL DE CONVENCIONALIDAD

Los positivistas excluyentes e incluyentes esbozan la Tesis Débil de Convencionalidad de distintas maneras, pero la idea básica es la siguiente: los criterios de validez jurídica son establecidos por una convención social en la forma de una regla de reconocimiento. Si los estándares jurídicos pueden ser distinguidos de estándares no-jurídicos en tanto aquéllos satisfacen, y éstos no, los criterios establecidos por una regla de reconocimiento convencional, de ello se sigue que los criterios de validez son “agotados por” la regla de reconocimiento convencional de la siguiente manera: por cada proposición *P*, *P* es jurídicamente válida si y sólo si satisface los criterios articulados en la regla de reconocimiento convencional.

Dworkin cree que ciertos tipos de desacuerdos sobre el derecho no son consistentes con la caracterización de Hart de la regla de reconocimiento en términos de una “regla social”. Como regla social (o convencional), la regla de reconocimiento tiene un aspecto externo y uno interno. El aspecto externo consiste en la obediencia general de las normas que

KENNETH EINAR HIMMA

satisfacen sus criterios de validez; el aspecto interno consiste en su aceptación por los oficiales como un estándar de conducta oficial. En la perspectiva de Dworkin, este elemento de la teoría de Hart implica que no puede haber ningún desacuerdo sobre el contenido de la regla de reconocimiento.

La reserva que hace Hart... que la regla de reconocimiento puede ser incierta en determinados puntos... socava [su teoría].... Si de hecho los jueces están divididos respecto de lo que deben hacer si, con un procedimiento especial de revocación, un Parlamento posterior intenta revocar una norma asegurada, entonces no es incierto que alguna regla social [de reconocimiento] rija esa decisión; por el contrario, es cierto que ninguna lo hace.⁵⁵

En la lectura que Dworkin lleva a cabo de Hart, los requerimientos de una regla social simplemente no pueden ser controvertidos: “dos personas cuyas reglas difieren... no pueden estar apelando a la misma norma social, y por lo menos una de ellas no puede estar apelando a ninguna norma social”.⁵⁶

El problema aquí surge debido al aspecto interno de la regla de reconocimiento. El desacuerdo entre ciudadanos sobre el contenido de la regla de reconocimiento no presenta ningún problema dado que la teoría de Hart no asume que aceptan o comprenden la regla; empero, el desacuerdo entre los oficiales es otra historia. En tanto el aspecto interno de la regla es definido por una actitud crítica reflexiva hacia la regla, esto parece conllevar una comprensión del contenido de la regla. Dado que desde la perspectiva de Hart, es importante que los oficiales adopten una actitud crítica reflexiva hacia la *misma* regla, parece seguirse de ello que comparten una comprensión de los contenidos de la regla de reconocimiento. Pero si la regla de reconocimiento

⁵⁵ Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, cit., pp. 61-62 [la cita corresponde a la versión en español, p. 122].

⁵⁶ *Ibidem*, p. 55 [ubicada en la versión en español en la p. 113].

POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE

agota los criterios de validez jurídica y está constituida por una comprensión compartida entre los oficiales, no está claro cómo podría haber un desacuerdo entre oficiales sobre el contenido de la regla.

El positivista excluyente tiene una respuesta sencilla: los desacuerdos a que se refiere Dworkin no son desacuerdos sobre lo que *es* la regla de reconocimiento; más bien, son desacuerdos sobre lo que *debería ser*. Esta respuesta acepta implícitamente la afirmación de Dworkin de que si hay desacuerdos sobre qué es lo que requiere una regla convencional, no hay convención y, por ende, no hay regla en esta cuestión; desde esta óptica, la presencia de una controversia sobre el contenido de una convención indica una brecha en el contenido de la convención. Por esta razón, las controversias sobre qué es lo que requiere la regla de reconocimiento en alguna circunstancia, indica una brecha en el contenido de la regla de reconocimiento; la regla simplemente se ha agotado. Entonces, tales desacuerdos entre autoridades son sobre *cómo debe ser* el contenido de la regla de reconocimiento.

Pero el positivista incluyente no puede apoyarse en tal respuesta. Las normas morales no son usualmente concebidas como convencionales. En las comprensiones tradicionales de la moralidad crítica, los requerimientos de una norma moral pueden ser determinables incluso cuando las personas disienten sobre qué es lo que requiere la norma. Así, en tanto el positivista incluyente sostiene que la regla de reconocimiento incorpora el contenido de una norma moral, en el sentido de que convierte a *esa* norma en parte de la meta-regla, no bastará simplemente con afirmar que las controversias sobre la meta-regla indican una brecha en su contenido. Pues si la disposición relevante es solo una norma moral, puede haber controversia sobre qué es lo que la disposición requiere en un dado caso sin que ello implique que la disposición es indeterminada. Entonces, el positivista incluyente necesita explicar cómo puede haber con-

KENNETH EINAR HIMMA

troversia sobre una regla de reconocimiento que incorpora el contenido moral.

Coleman presenta una explicación de ese tipo. Como lo señala Coleman, si la regla de reconocimiento es una regla social, entonces la perspectiva de Hart implica que tiene que haber un acuerdo general entre los oficiales de un sistema jurídico respecto de cuáles estándares constituyen la regla de reconocimiento. Pero esto no implica que no pueda haber desacuerdos sobre qué es lo que estos estándares requieren en un caso particular:

La controversia entre los jueces no surge sobre el contenido de la regla de reconocimiento en sí. Surge al definir cuáles normas satisfacen los estándares contenidos en ella. La divergencia en la conducta de los oficiales, que se manifiesta cuando identifican diferentes estándares como jurídicos, no les impide aceptar la misma regla de reconocimiento. Por el contrario, los jueces aceptan las mismas condiciones de verdad para las proposiciones de derecho... Están en desacuerdo sobre cuáles proposiciones satisfacen esas condiciones.⁵⁷

De esta manera, Coleman distingue entre dos tipos de desacuerdos que los practicantes tienen sobre la regla de reconocimiento: (1) desacuerdos sobre cuáles estándares constituyen la regla de reconocimiento; y (2) desacuerdos sobre cuáles proposiciones satisfacen esos estándares. En la postura de Coleman, el análisis de Hart de las reglas sociales sólo implica que (1) es imposible.

V. LA TESIS DE LA INCORPORACIÓN Y LA TESIS DE LA SEPARABILIDAD

La respuesta de Hart a las críticas de Fuller y Dworkin consiste, como hemos visto, en adoptar la Tesis de la Incorporación, pero Hart no está completamente cómodo con esta estrategia. Unas páginas más adelante, Hart califica su

⁵⁷ Coleman, Jules, "Negative and Positive Positivism...", cit., p. 156.

POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE

adopción de la Tesis de la Incorporación: “si es una cuestión abierta saber si los principios y valores morales tienen nivel objetivo, también tiene que ser una cuestión abierta saber si las provisiones del ‘positivismo suave’ tendentes a incluir la conformidad con estos principios y valores entre las pruebas para [la determinación] del derecho existente, pueden tener tal efecto o, por el contrario, pueden únicamente constituir direcciones para los tribunales para *crear* derecho de conformidad con la moralidad”.⁵⁸

Aquí la preocupación de Hart reside en que la Tesis de la Incorporación presupone la objetividad de las normas morales (esto es, que los principios morales tienen una posición objetiva o son objetivamente verdaderos). Hart cree que las normas jurídicas pueden limitar la toma de decisiones judicial sólo si tales normas tienen un contenido objetivo (esto es, solo si hay una respuesta objetivamente correcta a lo que la norma requiere). Si una norma jurídica carece de tal contenido, entonces no hay posibilidad de que el juez cometa un error en cuanto a su contenido; así, depende del juez determinar el contenido sobre la base de consideraciones extrajurídicas. Luego, determinar el contenido de tal norma involucra necesariamente legislar y no sólo juzgar. Por lo tanto, si las normas morales carecen de una posición objetiva, entonces la única manera, según Hart, de darle efectos a una norma jurídica que contiene lenguaje moral es tratarla como una norma que ordena al juez ejercitar su “discreción judicial jurídico creadora, de conformidad con su mejor entendimiento de la moralidad”.⁵⁹ Puesto que es una cuestión abierta si el objetivismo moral es verdadero o no, también es una cuestión abierta el que una regla de reconocimiento pueda incorporar criterios morales de validez o no.

Sin embargo, Dworkin sostiene que un compromiso con el objetivismo moral es problemático para el positivismo toda vez que no es consistente con la afirmación de la Tesis

⁵⁸ Hart, H. L. A., *The Concept of Law...* cit., p. 254 [véase la versión en español del *Post scriptum...*, cit., p. 31].

⁵⁹ *Ibidem*, p. 253 [*Post scriptum...* cit., p. 30].

KENNETH EINAR HIMMA

de la Separabilidad de que “el estatuto objetivo de las proposiciones de derecho [es independiente] de cualquier teoría controvertible, tanto de la meta-ética como de la ontología moral”.⁶⁰ Según Dworkin, la Tesis de la Separabilidad “promete una separación ontológica entre derecho y moral”.⁶¹ En su versión de la Tesis de la Separabilidad, no puede haber un traslape entre cuestiones sobre la existencia de *cualquier* estándar o institución relacionado con el derecho y las cuestiones sobre moralidad. Cualquier intersección de validez jurídica y moral, incluso en un nivel de descripción *contingente*, violaría la Tesis de la Separabilidad, según esta interpretación, puesto que las cuestiones sobre si un estándar es jurídicamente válido son cuestiones ontológicas sobre si ese estándar, por decirlo así, existe como derecho.

Esta serie de críticas malinterpreta la versión de Hart de la Tesis de la Separabilidad. Tal como Hart expresa su tesis, “en ningún sentido es necesariamente verdad que las normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral, aunque de hecho suele ocurrir así”.⁶² La articulación de Hart de la Tesis de la Separabilidad es más débil que la versión de Dworkin en un aspecto importante: mientras que Dworkin interpreta la Tesis de la Separabilidad como una que implica que *no puede* haber ningún límite moral a la validez jurídica, Hart la interpreta como una que implica sólo que *no necesita* haber ningún límite moral a la validez jurídica.

Entonces, la crítica de Dworkin presupone una construcción demasiado amplia de la Tesis de la Separabilidad; simplemente, no hay razón para pensar que la Tesis de la Separabilidad, en sí misma, promete una separación ontológica completa del derecho y la moral. En efecto, la mayoría de los positivistas siguen a Hart al afirmar que los

⁶⁰ Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously...*, cit., p. 349 [visible en la versión en español en la página 476].

⁶¹ *Ibidem*, pp. 348-349 [ubicada en la versión en español en la p. 475].

⁶² Hart, H. L. A., *El concepto de derecho...*, cit., pp. 185-186 [la cita corresponde a la traducción al español, p. 230].

POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE

criterios de validez jurídica deben, como una cuestión conceptual, incluir reglas para crear, cambiar y adjudicar leyes. Pero aparte de esa restricción conceptual, depende de cada sociedad decidir cuáles estándares conformarán sus criterios de validez. El punto de la Tesis de la Separabilidad es enfatizar que no hay límites morales sustantivos necesarios a los estándares que una sociedad puede incluir en sus criterios de validez. Por esta razón, la Tesis de la Separabilidad implica que hay un sistema jurídico conceptualmente posible que no tiene estándares morales en sus criterios de validez, pero deja abierta la cuestión sobre si hay un sistema jurídico conceptualmente posible que *sí tiene* estándares morales en sus criterios de validez.⁶³

VI. LA TESIS DE LA INCORPORACIÓN Y LA NATURALEZA DE LA AUTORIDAD

1. *La naturaleza de la autoridad*

En el núcleo de la crítica Raziana del positivismo incluyente, se encuentra la noción de que el derecho necesariamente pretende tener una autoridad legítima (la Tesis de la Autoridad).⁶⁴ Raz acepta que la pretensión del derecho de tener autoridad es a menudo falsa, pero insiste en que esta

⁶³ Por supuesto, los positivistas excluyentes niegan esta posibilidad, pero por razones que no tienen nada que ver con las intuiciones de que (1) “la existencia de una ley es una cosa, su mérito otra” y (2) las nociones de derecho y moralidad son conceptualmente distintos, lo que motiva la Tesis de la Separabilidad. Como veremos en la siguiente sección, Raz suscribe la Tesis de las Fuentes Sociales porque él cree que la Tesis de la Incorporación no es consistente con la naturaleza de la autoridad. Tanto Dworkin como Raz rechazan al positivismo incluyente, pero por razones distintas.

⁶⁴ Raz, Joseph “Authority, Law, and Morality”, *The Monist*, vol. 68, núm. 3, 1985; publicado también en Raz, J., *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Clarendon Press, 1994. [Existe una versión en español, véase Raz, Joseph, *La ética en el ámbito público*, trad. de María Luz Melon, España, Editorial Gedisa, 2001]. De aquí en adelante se le referirá como *ALM*.

KENNETH EINAR HIMMA

afirmación es “parte de la naturaleza del derecho”: “...aunque el sistema jurídico puede no tener una autoridad legítima, y aunque su autoridad legítima puede no ser tan amplia como éste pretende, todo sistema jurídico tiene la pretensión de poseer autoridad legítima”.⁶⁵ La Tesis de la Autoridad pretende afirmar una verdad conceptual sobre el derecho: una parte del concepto de derecho consiste en que éste pretende tener autoridad legítima.

En la postura de Raz, la Tesis de la Autoridad implica que, como cuestión conceptual, el derecho debe ser *capaz* de poseer autoridad legítima: “Si esta pretensión de autoridad forma parte de la naturaleza del derecho, sin importar qué otras características tenga, el derecho debe tener la capacidad de poseer autoridad”.⁶⁶ Un sistema normativo que no sea de este tipo, esto es, que no tenga capacidad de poseer la autoridad, está descalificado conceptualmente para poder ser un sistema jurídico.

Para ser capaz de poseer autoridad, el derecho debe poder “media[r] entre las personas y las razones correctas que se les aplican”.⁶⁷ De acuerdo con la “concepción de servicio de la autoridad” de Raz, el punto conceptual o la función de la autoridad es mediar entre sujetos y las razones que les son aplicables, mediante el otorgamiento de directivas que reflejan esas razones. Un sistema normativo que no puede desempeñar esta función mediadora es incapaz de poseer autoridad y, por lo tanto, está descalificado conceptualmente para poder ser un sistema jurídico.

Lo que es crucial para la “concepción de servicio de la autoridad” de Raz es el estatus especial que la autoridad pretende tener en deliberaciones prácticas. A diferencia del consejo de una tercera persona, que proporciona una razón que deberá ser sopesada en balance con otras razones, una directiva autoritativa reemplaza —o previene el basarse en— aquellas otras razones:

⁶⁵ *Ibidem*, p. 215 [en la versión en español, se encuentra en la p. 232].

⁶⁶ *Idem*.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 214 [ubicada en la versión en español en la p. 232].

POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE

[La decisión de la autoridad] constituye una razón para la acción... Deben hacer lo que él diga, sólo porque él lo dice.... [Pero] no es simplemente otra razón que se agrega a las demás, una razón que debe considerarse junto con las demás al momento de plantearnos qué camino es más razonable... La decisión [de la autoridad] también debe reemplazar las razones de las cuales depende. Al comprometerse a obedecer su decisión, las partes aceptan seguir su juicio acerca del balance de razones, en lugar del propio. De ahí en más [su decisión] decidirá qué es lo que harán.⁶⁸

Entonces, desde el enfoque de Raz, la función conceptual de la autoridad implica que las directivas autoritativas juegan (o deberían jugar) este papel especial en la deliberación práctica. Así, de acuerdo con la Tesis de la Prevención, “El hecho de que una autoridad exija el cumplimiento de una acción constituye una razón para su cumplimiento que no debe agregarse a todas las demás razones relevantes al momento de evaluar qué hacer, sino que debe reemplazar a algunas de ellas”.⁶⁹

Raz cree que estas características conceptuales de la autoridad determinan las condiciones bajo las cuales una autoridad es moralmente legítima. Dado que se supone que la autoridad “sirve” a su súbditos, no hay razón para aceptar a una autoridad a menos de que se satisfagan dos condiciones. Primero, de acuerdo con la Tesis de la Justificación Normal (TJN), debe ser el caso que la persona “probablemente cumplirá mejor con las razones que se le aplican (distintas a las supuestas órdenes dotadas de autoridad) si acepta las órdenes de la supuesta autoridad como obligatorias y autoritativas, e intenta cumplirlas, que si intentara seguir las razones que se le aplican en forma directa”.⁷⁰ Se-

⁶⁸ *Ibidem*, pp. 212-213 [la transcripción corresponde a la versión en español, pp. 229-230].

⁶⁹ *Ibidem*, p. 214 [la traducción corresponde a la versión en español, p. 231]. *Nota del traductor:* En la versión en español que se cita, la Tesis de la Prevención es conocida como Tesis de la Exclusividad.

⁷⁰ *Idem*.

KENNETH EINAR HIMMA

gundo, de acuerdo con la Tesis de la Dependencia, las directivas autoritativas deben estar basadas en razones que ya les son aplicables a los súbditos.

Por supuesto, la TJN y la Tesis de la Dependencia también sirven para aconsejar, cuando el objetivo del consejo sea el servir a los aconsejados; por esta razón, cualquier implicación derivada únicamente de estas dos tesis también será aplicable a los consejos. Por ejemplo, la TJN y la Tesis de la Dependencia implican que una directiva de servicio debe ser presentada como la perspectiva de alguien sobre cómo deben comportarse las personas –lo cual es cierto, por supuesto, tanto para las autoridades como para los consejos-. Pero cuando la TJN y la Tesis de la Dependencia son combinadas con la Tesis de la Prevención, que distingue entre los consejos y la autoridad, aquéllas implican que las directivas autoritativas tienen una propiedad que las distingue de otras que son simplemente consejos:

La Tesis de la Identificación: Siempre tiene que ser posible identificar la existencia y el contenido de una directiva autoritativa sin recurrir a las razones dependientes que justifican esa directiva.

La incapacidad de identificar la existencia o el contenido de los enunciados que aconsejan sin recurrir a las razones que justifican ese consejo podría disminuir la utilidad de esos enunciados *qua* consejos, pero no descalifica conceptualmente a esos enunciados en su carácter de consejos. Sin embargo, la incapacidad de identificar la existencia o contenido de una directiva sin recurrir a su justificación dependiente descalifica conceptualmente a esa directiva para poder ser autoridad.

La razón de este resultado algo sorpresivo es que el punto conceptual de la autoridad es beneficiar a los súbditos al dotar de directivas que reflejan el balance de las razones aplicables y *previenen* los juicios de los súbditos sobre ese balance. Una directiva que *no puede* ser identificada por el súbdito sin recurrir al balance de razones es *incapaz* de

POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE

prevenir ese balance en las deliberaciones del súbdito. Así, como lo señala Raz, los gobernados por la autoridad “resultan beneficiados] únicamente si pueden establecer su existencia y contenidos de maneras que no dependan de la revisión de las mismas consideraciones que la autoridad se supone debe resolver”.⁷¹

Raz sostiene que las Tesis de Identificación y de la Autoridad no son consistentes con la Tesis de la Incorporación. Puesto que el derecho necesariamente pretende tener autoridad, entonces el derecho debe ser capaz de poseer una autoridad legítima y, por ende, de acuerdo con la Tesis de Identificación, debe poder ser identificable sin recurrir a las razones dependientes que justifican al derecho. Pero el contenido de una norma moral no puede ser identificado sin recurrir a las razones que justifican esa norma. Para determinar lo que el derecho es, por ejemplo, bajo una regla de reconocimiento que solo valida las normas promulgadas que son consistentes con las exigencias de justicia, debemos identificar las exigencias de justicia que justifican *esa ley* en última instancia. No podemos determinar la validez de, digamos, una norma promulgada que prohíbe matar a personas inocentes sin recurrir a las exigencias de justicia en lo que atañe a esas muertes. Esto implica que el contenido de una regla moral no puede ser incorporado al derecho debido a que el derecho *qua* autoridad supuestamente tiene que resolver disputas sobre qué es lo que dice el derecho. Si las Tesis de la Identificación y de la Autoridad son verdaderas, entonces la Tesis de la Incorporación debe ser falsa.

Esquemáticamente, el argumento de Raz puede ser resumido de la siguiente manera:

1. El punto conceptual de una directiva autoritativa es prevenir el balance de las razones que refleja.
2. Para que la autoridad sea legítima, son condiciones necesarias (1) que la Tesis de la Dependencia sea satisfecha y (2) que la TJN sea satisfecha.

⁷¹ *Ibidem*, p. 219 [en la versión en español, se encuentra en la p. 237].

KENNETH EINAR HIMMA

3. Si las premisas 1 y 2 son verdaderas, entonces es condición necesaria para que la autoridad sea legítima el que la existencia y el contenido de una directiva autoritativa siempre pueda ser identificada sin recurrir a las razones dependientes que justifiquen la directiva.

4. Por lo tanto, para que la autoridad sea legítima es condición necesaria que la existencia y el contenido de una directiva autoritativa siempre pueda ser identificada sin recurrir a las razones dependientes que justifican esa directiva (De 1, 2, 3).

5. El que el derecho pretende tener autoridad legítima es una verdad conceptual.

6. Si es una verdad conceptual el que el derecho pretende tener autoridad legítima, entonces el derecho es algo que siempre es capaz de tener autoridad legítima.

7. Si el derecho es algo que siempre es capaz de tener autoridad legítima, por ende el derecho debe ser capaz de satisfacer la condición necesaria para que la autoridad sea legítima.

8. Por lo tanto, si el derecho es algo que siempre es capaz de tener autoridad legítima, entonces la existencia y el contenido de una directiva siempre pueden ser identificados sin recurrir a las razones dependientes que justifican esa directiva (De 4 y 7).

9. En consecuencia, si es una verdad conceptual el que el derecho pretende tener autoridad legítima, entonces la existencia y el contenido de una directiva autoritativa siempre puede ser identificada sin recurrir a las razones dependientes que justifican la directiva (De 6 y 8).

10. Por ende, la existencia y el contenido de una directiva jurídicamente autoritativa siempre pueden ser identificados sin recurrir a las razones dependientes que justifican esa directiva (De 5, 9).

11. La existencia y el contenido de una norma jurídica validada por criterios morales de validez *no puede ser* identificada sin recurrir a las razones dependientes que justifican esa norma.

POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE

12. Si las premisas 10 y 11 son verdaderas, entonces la Tesis de la Incorporación es falsa.

13. Por lo tanto, la Tesis de la Incorporación es Falsa (De 10, 11, 12).

A. *El argumento de compatibilidad de Coleman*

Coleman rechaza la noción de Raz de que la Tesis de la Incorporación no es consistente con el grupo de tesis que conforman la concepción de servicio de la autoridad. Según la perspectiva de Coleman, no es necesariamente verdadero el que una norma jurídica que es autoritativa en virtud de sus méritos morales sólo puede ser identificada al recurrir a las razones dependientes que justifican esa norma. Considerese, por ejemplo, un sistema jurídico con la siguiente regla de reconocimiento: “sólo las normas promulgadas que tratan justamente a los individuos son jurídicamente válidas” y que además tiene una prohibición jurídica válida de matar intencionalmente. De acuerdo con Coleman:

Ciertas razones de justicia y de igualdad (por ejemplo, ¿ofrece el derecho oportunidades justas para impugnar? ¿es impartido de manera justa? etc.) no son parte de la justificación de las leyes que prohíben el homicidio. Una prohibición contra el homicidio estaría justificada o sería defendible sólo porque viola el Principio del Daño de Mill, o porque el homicidio viola el Imperativo Categórico, o porque es ineficiente... o lo que sea. Por otra parte, es perfectamente prudente el que ninguna prohibición pueda ser considerada derecho, a menos de que cumpla con ciertos requerimientos de justicia y un trato igual en su impartición. Esto es sólo otra manera de decir que las consideraciones evaluativas que versan sobre la legalidad de una regla no necesitan coincidir con aquellas que se ocupan de los méritos subyacentes de esa regla.⁷²

⁷² Coleman, Jules, “Second Thoughts and Other First Impressions”,... *cit.*, p. 271.

KENNETH EINAR HIMMA

Si bien puede ser necesario recurrir a consideraciones de justicia para identificar la prohibición de matar como una norma jurídica, uno puede aun así identificar la norma que prohíbe matar sin recurrir a su justificación dependiente, porque las consideraciones de justicia son irrelevantes respecto de la justificación de esa norma. Así, aun si *todas* las afirmaciones principales de Raz sobre la autoridad son verdaderas, “los criterios evaluativos de legalidad como tales no vician la pretensión del derecho de ser autoridad”.⁷³

En respuesta, Brian Leiter sostiene que el señalar un ejemplo de una norma validada de forma “incluyente”, que pueda ser identificada sin recurrir a las razones dependientes que justifican la adopción de la regla, no puede por sí mismo vencer la objeción Raziana. Según la postura de Leiter, “el hecho de que exista *cualquier* caso en el que las razones dependientes son las mismas que las razones morales que se requieren para identificar qué es derecho, basta por sí mismo para vencer al Positivismo ‘Soft’ como teoría compatible con la autoridad del derecho; el que todavía queden casos en los que estas razones ‘pueden’ ser diferentes, es algo irrelevante”.⁷⁴ En concordancia, Leiter concluye que Coleman se equivoca: un caso contrario muestra “que el Positivismo ‘Soft’ no es compatible con la autoridad (*prima facie*) del derecho”.⁷⁵

B. La Tesis de la Prevención

Waluchow intenta reconciliar la Tesis de la Incorporación con la Tesis de la Autoridad al cuestionar el argumento de que las directivas autoritativas necesariamente otorgan razones preventivas. Waluchow cree que la Carta de Derechos Canadiense es una regla de reconocimiento incluyente que puede ejercer autoridad sin otorgar razones preventivas

⁷³ *Idem*.

⁷⁴ Leiter, Brian “Realism, Positivism, and Conceptual Analysis”, *Legal Theory*, vol. 4, núm. 4, diciembre de 1998, p. 541.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 542.

POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE

(esto es, excluyentes). De esta manera, por ejemplo, él señala que la Suprema Corte Canadiense determinó en *Regina vs. Oakes* que un derecho de la Carta de Derechos (constitucional) puede ser limitado siempre y cuando los objetivos de hacerlo así sean “suficientemente importantes” y que no haya otra manera de lograr esos objetivos. Sobre la base de tales ejemplos, Waluchow concluye que “... los derechos de la Carta... no son completamente excluyentes, pero sí gozan de una presunción muy fuerte en su favor.”⁷⁶

Pero la observación de Waluchow de que el alcance de un derecho constitucional puede ser limitado por otro tipo de valores no puede vencer la crítica Raziana por sí misma. Pues Raz concede que las directivas excluyentes pueden en veces operar precisamente de esta forma:

Una razón excluyente puede excluir a todas las razones de primer orden, o bien sólo a cierto tipo de razones de primer orden. El alcance de una razón excluyente es el tipo de razones que excluye. Así como cualquier razón tiene una fuerza intrínseca, que puede ser afectada por las razones de fuerza susceptibles de afectación, así también todas las razones de segundo orden tienen, aunado a la fuerza, un alcance intrínseco que puede ser afectado por un alcance de razones susceptibles de afectación.⁷⁷

En esa tesitura, Raz puede responder que las razones proporcionadas por la Carta de Derechos Canadiense son excluyentes pero aun así tienen un alcance limitado que excluye los valores más importantes que podrían justificar la limitación de un derecho de la Carta. Así como una orden de un sargento debe ceder ante órdenes de oficiales de mayor jerarquía, las protecciones de la Carta de Derechos Ca-

⁷⁶ Waluchow, Wilfrid, “Authority and the Practical Difference Thesis: A Defense of Inclusive Legal Positivism”, *Legal Theory*, vol. 6, núm. 1, marzo de 2000, p. 58.

⁷⁷ Raz, Joseph, *Practical Reasons and Norms*, Princeton, Princeton University Press, 1990, p. 46.

KENNETH EINAR HIMMA

nadiense deben ceder frente a protecciones de valores más importantes.

Heidi Hurd adopta una estrategia más agresiva en contra de la Tesis de la Prevención; mientras que Waluchow desea mostrar que hay formas de autoridad que no otorgan razones preventivas, Hurd sostiene que la noción misma de una razón preventiva tal como funciona en la teoría de Raz, es conceptualmente incoherente. Hurd cree que si Raz tiene razón, entonces la obediencia a la autoridad es irracional dado que contradice el principio de que un agente debería actuar de acuerdo con el balance de razones.⁷⁸ En la medida en que la concepción Raziana de la autoridad requiere que un agente obedezca una directiva autoritativa sin importar que la directiva esté en sintonía con el balance de razones o no, ello viola este principio central de racionalidad al exigirle al agente ignorar las razones que de otro modo le serían aplicables.

Según la postura de Hurd, tales implicaciones no necesitan ocasionar ansiedad teórica porque el concepto de Raz de una razón preventiva independiente de contenido es incoherente. Hurd considera que la teoría de Raz de la autoridad implica que si una acción es racional sólo porque es ordenada por una autoridad práctica legítima que actúa dentro del rango de dicha autoridad, entonces cualquier acción ordenada por una autoridad práctica legítima que actúa dentro de ese rango es racional. Pero esto implica que “para poder juzgar si una autoridad está actuando de manera legítima uno tiene que ponderar las razones para la acción en cada caso en el que una ley es aplicable, a fin de controlar la habilidad que tiene la pretendida autoridad de ordenar la acción de acuerdo con dicha ponderación”.⁷⁹ Pues para determinar si la autoridad es legítima y luego actuar dentro del ámbito de esa autoridad, el agente debe determinar si se satisfacen las condiciones de la TJN —y esto

⁷⁸ Hurd, Heidi M., “Challenging Authority”, *Yale Law Journal*, vol. 100, 1991, p. 1611. De aquí en adelante se le referirá como CA.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 1633.

POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE

requiere que el agente pondere las razones que le son aplicables—.

Según Hurd, tal resultado es problemático para Raz porque no es consistente con la Tesis de la Prevención:

Si (1) la racionalidad de someterse a una autoridad práctica depende de la legitimidad de esa autoridad, y (2) la legitimidad de una autoridad práctica sólo puede ser establecida al ponderar las razones para la acción de primer orden dependientes de contenido, y (3) la autoridad práctica le impide a uno ponderar esas razones de primer orden independientes de contenido, entonces la autoridad práctica no puede ser racional.⁸⁰

La idea es la siguiente: el agente debe ponderar las razones de primer orden en tratándose de cada directiva autoritativa para determinar si las condiciones de la TJN son aplicables, pero la Tesis de la Prevención impide al agente ponderar esas razones de primer orden.

Sin embargo, el razonamiento de Hurd equipara la noción de Raz de una razón preventiva con la noción de Hart de una razón perentoria para la acción. Hart describe dicha noción en estos términos:

La expresión de voluntad del soberano... no pretende funcionar dentro de las deliberaciones del súbdito como una razón para llevar a cabo el acto, ni siquiera como la razón más fuerte o dominante, pues ello supondría que se iba a emprender una deliberación independiente, mientras que el soberano pretende eliminarla o excluirla. Yo creo que esto es precisamente la intención de hablar de un mandato como algo que 'exige' una acción y llamar a un mandato una forma 'perentoria' de dirigirse a los demás. En efecto, la palabra 'perentoria' de hecho solo significa eliminar la deliberación, el debate o la argumentación.⁸¹

⁸⁰ *Idem*.

⁸¹ Hart, H. L. A., "Commands and Authoritative Legal Reasons", en Hart, H. L. A., *Essays in Bentham*, Oxford, Clarendon Press, 1982, p. 253.

KENNETH EINAR HIMMA

Así, una razón perentoria *P*, tal como Hart define el término, opera para excluir, prohibir o apartarse de la deliberación sobre el balance de razones que *P* pretende reemplazar.

Pero la noción Hartiana de una razón perentoria es más fuerte que la noción Raziana de una razón preventiva. Pues no hay nada en la noción de Raz de una razón preventiva que impida al agente pensar sobre el balance de las razones. Lo que la razón preventiva impide hacer al agente es *actuar* bajo su percepción del balance de razones; un agente puede deliberar, si así lo desea, sobre el balance de razones, pero no puede actuar bajo el resultado de su propia deliberación.⁸² Para ponerlo en términos Razianos, una razón preventiva *reemplaza* al propio juicio del agente sobre el balance de las razones al llevar a cabo la deliberación de qué es lo que se va a hacer. Pero esto, en última instancia, sólo le impide al agente *actuar* bajo su percepción del balance de razones; a diferencia de la concepción de Hart, no le impide deliberar sobre el balance de razones. Si la concepción de Raz del servicio de la autoridad es a fin de cuentas insostenible, no lo es porque esté comprometida con las premisas contradictorias que identifica Hurd.

C. La Tesis de la Justificación Normal

La crítica de Hurd hacia Raz está basada en la asunción de que la TJN es un principio de racionalidad práctica. En efecto, ella percibe que Raz intenta dar una solución al problema de cuándo es racional que una persona acepte la autoridad: “La pregunta que debe ser respondida [por la teoría de Raz], es la siguiente: ¿Por qué sería racional actuar sólo porque así se nos ha ordenado?⁸³ Según su perspectiva, no puede ser racional actuar solamente a partir de este tipo de

⁸² Más específicamente, impide al agente *decidir* qué hacer (y, por lo tanto, *actuar*) bajo su juicio propio sobre el balance de las razones.

⁸³ Hurd, Heidi M., *op. cit.*, p. 1627.

POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE

razón porque “si una acción es racional solo *porque* así ha sido ordenado, entonces cualquier acción que proviene de una orden es racional”⁸⁴ —y ella considera, de forma bastante plausible, que la consecuencia de esta condición es claramente falsa—.

Pero Raz no pretende que la TJN sea una tesis práctica; en vez de eso, visualiza a la TJN como una “tesis *moral* sobre el tipo de argumento que podría ser utilizado para establecer la *legitimidad* de la autoridad”.⁸⁵ Tal como lo entiende Raz, la noción de legitimidad es una noción moral: “Ningún sistema es un sistema de Derecho a menos de que incluya una pretensión de legitimidad, o de autoridad *moral*. Eso significa que aspira a que los requerimientos jurídicos sean moralmente vinculantes, es decir, que las obligaciones legales sean obligaciones (morales) reales que surgen a partir de la ley”.⁸⁶ De igual manera, arguye: “Si [al sistema jurídico] le faltan los atributos morales exigidos para investirlo de autoridad legítima, no tiene ninguna... Para poder alegar su autoridad, debe... ser el tipo de sistema capaz en principio de poseer las propiedades morales requeridas para la autoridad”.⁸⁷

De acuerdo con la perspectiva de Raz, la noción de legitimidad moral está relacionada con la noción de una razón preventiva de la siguiente manera. Se piensa generalmente que el decir que una autoridad es legítima significa que existe una obligación moral general de obedecer una directiva de la autoridad *porque* tiene su origen en la autoridad.⁸⁸ En ese sentido, la obligación moral de obedecer las

⁸⁴ *Ibidem*, p. 1628.

⁸⁵ Raz, Joseph “Authority and Justification”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 14, núm. 1, invierno de 1985, p. 18; el énfasis fue añadido.

⁸⁶ Raz, J., “Hart on Moral Rights and Legal Duties”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 4, núm. 1, primavera de 1984, p. 131 (énfasis añadido).

⁸⁷ Raz, Joseph, *Ethics in the Public Domain...*, cit., p. 233 [la traducción corresponde a la versión en español, p. 233].

⁸⁸ Para una opinión contraria, véase Edmundson, William A., “Legitimate Authority without Political Obligation”, *Law and Philosophy*, vol. 17, núm. 1, enero de 1998, pp. 43-60. Según la postura de Edmundson, el decir

KENNETH EINAR HIMMA

directivas de la autoridad legítima tiene que ver con la *fuent*e de la directiva y no con su contenido. Por supuesto, el contenido de una ley *también* puede dar lugar a una obligación moral de obedecer, como sería el caso de una ley que prohíbe el homicidio, pero esto no tiene nada que ver con la autoridad moral que tiene un sistema jurídico para emitir directivas. Entonces, si se le interpreta como una tesis moral, la TJN establece las condiciones bajo las cuales las directivas autoritativas dan lugar a obligaciones morales de obedecer, que son independientes de contenido.

Raz cree que las obligaciones morales funcionan (o deberían funcionar) en la mente de un agente moral como razones preventivas para la acción. En la medida en que el agente tiene una obligación moral de hacer A, no es moralmente permisible que se abstenga de hacer A. Se sigue, *a fortiori*, que en tanto el agente tiene una obligación moral de hacer A, no es moralmente permisible que se abstenga de hacer A sin importar cómo dicho agente lleva a cabo el balance de las razones. Así, una obligación moral de hacer A opera para impedirle al agente que actúe bajo su propia percepción del balance de las razones. Por esta razón, si la TJN logra establecer las condiciones bajo las cuales la autoridad es legítima *de facto*, también tendría éxito en establecer las condiciones bajo las cuales funcionan (o deberían funcionar) las directivas como razones preventivas para la acción.

Más aún, si se considera que es racional que un agente obedezca una obligación moral aun cuando esté en conflicto con su percepción del balance de las razones, menos la razón proporcionada por la obligación, entonces la TJN también demuestra cómo puede ser racional que un agente obedezca las directivas de una autoridad legítima. Si las directivas de una autoridad moralmente legítima dan lugar a obligaciones morales, entonces es racional que el agente

que una autoridad A es legítima por encima de una persona P equivale a decir que P tiene una obligación moral de abstenerse de interferir con los esfuerzos de A de “administrar” sus directivas.

POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE

obedezca esas directivas —aun cuando están en conflicto con la percepción del agente del balance de razones—. Así, la TJN proporciona las condiciones bajo las cuales es racional considerar que las directivas de una autoridad otorgan razones preventivas para la acción.

No obstante, la TJN no tiene éxito como concepción de la autoridad moralmente legítima, debido a que la satisfacción de la TJN no es ni suficiente ni necesaria para dar lugar a una obligación moral de obedecer que sea independiente de contenido. El solo hecho de que obedecer las directivas de una autoridad conduce más probablemente a las razones correctas que el no obedecerlas quizás *compele* a una persona a obedecer la autoridad, pero no puede *obligarla* moralmente a hacerlo. Tampoco puede constituir una justificación moral para utilizar medios coercitivos de aplicar esas directivas contra esa persona.

Supongamos, en aras de la simplicidad, que la razón correcta exige que siempre obedezcamos los estándares morales. Supongamos también que X es infalible al determinar qué es lo que la moralidad exige. Si bien es cierto estoy obligado moralmente a cumplir con los estándares morales, esto no implica que estoy moralmente obligado a obedecer X. Por supuesto, si X es moralmente infalible, estoy moralmente obligado a cumplir con las directivas de X debido justamente al *contenido* de las directivas de X —pero no porque X es la fuente de las directivas—. Aquí es importante recordar que la concepción de Raz de la autoridad legítima involucra una obligación independiente de contenido de obedecer las directivas autoritativas. Si bien estoy obligado a ajustar mi conducta al contenido de lo que ordena X porque el contenido está acorde con la moralidad, la infalibilidad moral de X por sí misma no puede dar lugar a que se tenga una obligación moral independiente de contenido de obedecer a X. De esta manera, la satisfacción de la TJN no es suficiente para la autoridad moralmente legítima.

Así como tampoco es necesaria. Si Usted y yo accordamos someternos a la directiva de una autoridad y renunciamos

KENNETH EINAR HIMMA

a opciones que de otra manera estarían disponibles para nosotros, nuestro consentimiento mutuo nos obliga moralmente a obedecer la decisión de la autoridad. Hay distintas maneras de explicar cómo esto da lugar a una obligación moral por parte de cada uno de nosotros de obedecer las directivas. Uno podría adoptar, por ejemplo, una perspectiva estrictamente contractualista y visualizar nuestro consentimiento mutuo como un contrato que da lugar a la obligación. O uno podría argumentar que sería injusto permitirle a alguien obtener un beneficio de la desobediencia cuando otros renuncian a ese beneficio. Pero, de cualquier modo en que se haga esto, típicamente se considera que un elemento clave en la legitimidad de la autoridad reside en el consentimiento explícito o implícito de todas las personas sobre las cuales se piensa que una autoridad es legítima.

Por supuesto, hay límites al grado en el que el consentimiento da lugar a obligaciones morales —incluso si ese consentimiento es negociado o adoptado por otras personas—. Como lo indica Raz, el consentimiento de considerar a una directiva como autoritativa presupone ciertas restricciones de las consideraciones por las cuales una autoridad determina cuáles directivas emitir. Por ejemplo, en circunstancias ordinarias el consentimiento frente a una autoridad presupone que podría no decidir cuestiones sobre la base de lanzar una moneda. De igual manera, el consentimiento mutuo y la confianza no son suficientes para rescatar un acuerdo que es extremadamente injusto para una de las partes. Pero estas son circunstancias excepcionales y no la regla general que aplica a la relación entre consentimiento y autoridad. Si las partes son capaces de dar un consentimiento efectivo a la autoridad y el consentimiento es logrado de manera justa, entonces las condiciones articuladas por la TJN no son necesarias para que el consentimiento frente a la autoridad dé lugar a una obligación moral de obedecer las directivas de esa autoridad.

POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE

D. La Tesis de la Autoridad

Muchos positivistas incluyentes cuestionan la Tesis de la Autoridad, para intentar defender la Tesis de la Incorporación frente a la crítica Raziana. Por ejemplo, Philip Soper sostiene que “nada cambiaría en la práctica del derecho tal como la conocemos actualmente si el Estado, convencido por los argumentos de que no hay deber de obedecer al derecho *qua* derecho, abiertamente anunciará que abandona tales afirmaciones”.⁸⁹ Soper otorga cuatro razones para apoyar esta afirmación: (1) el deber de obedecer la ley usualmente no está expresado en una norma jurídica; (2) abandonar la visión de que el Estado afirma que los ciudadanos tienen un deber moral de obedecer el derecho no significa que el Estado debe abandonar su visión sobre los méritos morales del derecho; (3) un Estado podría abiertamente adoptar el punto de vista del hombre malo con respecto a sus reglas; y (4) un sistema jurídico puede sobrevivir con la fuerza de la coerción y nada más y, por lo tanto, no requiere ostentar una autoridad moral.

Sin embargo, la defensa de Soper del positivismo incluyente confunde el carácter de la Tesis de la Autoridad. El argumento de Soper de que abandonar la afirmación de autoridad moral no resultaría en ningún cambio práctico interpreta a la Tesis de la Autoridad como una perspectiva sobre lo que un sistema jurídico debe aspirar a fin de ser eficaz. El punto de Soper es que si el Estado repudiara abiertamente una afirmación de autoridad, no notaríamos ningún cambio en los quehaceres cotidianos del sistema jurídico. Pero la Tesis de la Autoridad no asevera ni implica que los sistemas jurídicos que presumen alguna autoridad son más propensos a ser eficaces que los sistemas jurídicos que no la presumen, dado que la Tesis de la Autoridad es una afirmación *conceptual* y no una de carácter empírico;

⁸⁹ Soper, Philip, “Law’s Normative Claims”, en George, Robert P., *The Autonomy of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1996, pp. 215-247. De aquí en adelante se le referirá como *LNC*.

KENNETH EINAR HIMMA

según la postura de Raz, es “parte de la naturaleza del derecho” el que el derecho ostente autoridad legítima. Así, Raz puede conceder que no notaríamos ninguna diferencia en el funcionamiento cotidiano de un sistema jurídico S si abandonara toda afirmación de autoridad, pero al mismo tiempo consideraría que el abandono de esa afirmación implica el abandono del estatus de S como sistema *jurídico*.

Lo que se necesita para refutar la Tesis de la Autoridad es un ejemplo de un sistema de reglas que no ostentan autoridad moral pero se caracteriza plausiblemente como sistema jurídico; en otras palabras, lo que se necesita es un contraejemplo frente a la Tesis de la Autoridad. Matthew Kramer intenta una refutación de este tipo:

Por supuesto, un grupo del crimen organizado como la Mafia bien podría ejercer control sobre la mayoría de los aspectos de la vida en una determinada región, con órdenes que serían tan ampliamente aplicables y duraderas como las órdenes de un sistema jurídico propiamente dicho... Si, en efecto, el sistema de la Mafia que ejerce un control de gran alcance comparte las cualidades claves [de durabilidad y generalidad], y si también cumple con algún requisito relevante de eficacia (cuálquiera que sea ese requisito), entonces debería ser clasificado como sistema jurídico. O, en todo caso, no debería negarse lo apropiado de esta clasificación simplemente porque las autoridades de la Mafia no tienen pretensiones de admisibilidad moral.⁹⁰

No obstante, lo anterior no tiene éxito como respuesta a la Tesis de la Autoridad porque *claramente* no es un contraejemplo. En otras palabras, no resulta obvio que el sistema de la Mafia pueda ser caracterizado como un sistema jurídico. En consecuencia, Raz podría responder, con bastante plausibilidad, que la última oración en el pasaje citado simplemente evade el tema.

Un ejemplo más prometedor es el siguiente. Supóngase que hay una sociedad S que es muy parecida a la nuestra y

⁹⁰ Kramer, Matthew, *op. cit.*, p. 394.

POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE

es consistente con las siguientes propiedades: los legisladores y los gobernados en S, que son filosóficamente sofisticados, han visto todos los argumentos y contraargumentos respecto de si el Derecho puede ser legítimo. Como resultado, los residentes de S y las autoridades son todos escépticos respecto de que el Derecho pueda dar lugar a obligaciones morales de obedecerlo que sean independientes de contenido. Así, los ciudadanos y las autoridades de S se abstienen de utilizar los términos potencialmente engañosos de “autoridad”, “deber”, “obligación” y “derecho”, para utilizar, en cambio, términos como “oficial”, “requerido” “obligatorio”, “no optativo” y “permitido” (en oposición a “permisible”).

En S se satisfacen las condiciones mínimas de Hart para la existencia de un sistema jurídico. Las autoridades de S adoptan el punto de vista interno frente a la regla de reconocimiento bajo la creencia de que algo debe hacerse para regular la conducta, como cuestión práctica. En efecto, *todos* los súbditos del derecho de S creen que a todos interesa el estructurar un sistema de reglas alrededor de las convenciones adoptadas por las autoridades —y, por lo tanto, también adoptar el punto de vista interno frente a los criterios de validez—. Además, al reconocer las ventajas asociadas con tener un sistema de reglas para regular la conducta, los súbditos del Derecho generalmente obedecen las directrices validadas por la regla de reconocimiento.

¿Qué razón plausible, que no genere preguntas ulteriores, podría haber para negar que este sistema de reglas es un sistema jurídico? La única diferencia notable entre los dos sistemas de reglas es que las autoridades en un sistema creen que su sistema es legítimo, mientras que las autoridades en S carecen de tal creencia —una diferencia que parece ser irrelevante para la clasificación de ésta—. Todas las principales instituciones están ahí: una regla de reconocimiento que crea las instituciones que hacen posible la creación, modificación y adjudicación del Derecho. Todos los ciudadanos de S aceptan las determinaciones de las au-

KENNETH EINAR HIMMA

toridades como razones fuertes para la acción. Las reglas de *S* son obedecidas precisamente en la misma medida que en esta sociedad. Dadas estas observaciones, tiene sentido considerar que *S* tiene un sistema jurídico porque tiene todas las piezas necesarias para crear regulaciones eficaces para gobernar la conducta —aun cuando no hay nada que pueda ser interpretado como una pretensión institucional de tener autoridad legítima—. Si esto es correcto, la Tesis de la Autoridad es falsa.

VII. LA TESIS DE LA INCORPORACIÓN Y LA TESIS DE LA DIFERENCIA PRÁCTICA

1. *El Caso contra el Funcionalismo Hartiano*

Shapiro sostiene que la Tesis de la Incorporación entra en conflicto con uno de los compromisos fundamentales de Hart, específicamente su consideración de que la función conceptual del Derecho es guiar la conducta. Como Hart lo expresa, “es completamente vano buscar algún propósito más específico al cual el derecho, en cuanto tal, sirva, más allá de proveer guías a la conducta humana y estándares de crítica a tal conducta”.⁹¹ Entonces, de acuerdo con el funcionalismo de Hart, cualquier sistema de reglas incapaz de guiar la conducta está conceptualmente descalificado como sistema jurídico.

Shapiro identifica dos maneras en las que una norma puede guiar la conducta. Primero, una norma *R* guía motivacionalmente a la persona *P* si y solo si la conformidad de *P* frente a *R* se motiva por el hecho de que *R* requiere que se dé la conducta en cuestión. Luego, *P* está motivacionalmente guiado por *R* solo en caso de que *P* se ajuste a *R* puesto que acepta a *P* como un estándar de conducta —y no porque, digamos, tiene miedo de las sanciones—. Segundo, *R*

⁹¹ Hart, H. L. A., *El concepto de derecho...*, cit., p. 249, énfasis añadido [véase esta cita en el *Post scriptum al concepto de derecho*, cit. p. 24].

POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE

guía epistémicamente a *P* si y solo si *P* “conoce sus obligaciones jurídicas de [*R*]... y se ajusta a [*R*]”.⁹² Por lo tanto, para que *R* guíe epistémicamente a *P*, no necesita motivar el cumplimiento: mientras que *P* conozca sus obligaciones por medio de *R*, no importa el que *P* obedezca a *R* por miedo a las sanciones.

Shapiro sostiene que las condiciones mínimas de Hart para la existencia de un sistema jurídico lo comprometen con una concepción particular sobre cómo las autoridades están guiadas por las reglas. Como lo hemos visto, Hart cree que la existencia de un sistema jurídico inicia cuando (1) las autoridades adoptan el punto de vista interno frente a una regla de reconocimiento convencional; y (2) los ciudadanos generalmente obedecen las leyes consideradas válidas de acuerdo con esa regla de reconocimiento. Pero esto parece implicar que el Derecho lleva a cabo su función conceptual de guiar la conducta de forma diferenciada dependiendo de si uno es una autoridad o un ciudadano ordinario. Dado que las condiciones mínimas de Hart requieren que los ciudadanos generalmente obedezcan el Derecho sin requerir ninguna motivación específica, las normas jurídicas de primer orden deben ser capaces de guiar epistémicamente a los ciudadanos. En cambio, puesto que las condiciones mínimas de Hart requieren que las autoridades acepten la regla de reconocimiento como un estándar para su conducta, la regla de reconocimiento debe ser capaz de guiar motivacionalmente a las autoridades.

De acuerdo con la postura de Shapiro, de lo anterior se sigue que Hart está comprometido con la Tesis de la Diferencia Práctica (TDP), según la cual cada norma jurídica debe ser capaz de hacer una diferencia práctica en la deliberación de un agente al servir de guía ya sea motivacional o epistémica. Toda vez que las condiciones mínimas de Hart para la existencia de un sistema jurídico implican que cada norma jurídica debe ser capaz de hacer una diferencia

⁹² Shapiro, Scott J., “On Hart’s Way Out”, *Legal Theory*, vol. 4, núm. 4, diciembre de 1998, p. 490. De aquí en adelante se le referirá como *HWO*.

KENNETH EINAR HIMMA

práctica en las deliberaciones judiciales al proporcionar una guía motivacional, de ello se sigue que cualquier norma incapaz de guiar motivacionalmente a un juez está conceptualmente descalificada para ser Derecho o no.

Shapiro sostiene que esta implicación no es consistente con un compromiso con la Tesis de la Incorporación porque es imposible que un juez esté guiado motivacionalmente tanto por una regla de reconocimiento incluyente como por las reglas validadas por ésta. Como lo veremos, Shapiro ofrece argumentos separados para reglas de necesidad y de suficiencia, pero la estrategia básica es la siguiente. Supongamos que la *RdR* es una regla de reconocimiento que contiene criterios morales de validez y que *R* es válida en virtud de su mérito moral. Si el juez está guiado motivacionalmente por *RdR*, entonces estará motivado a decidir el caso de una manera que sea moralmente meritoria. Pero, una vez que está motivado a decidir el caso de una manera moralmente meritoria, *R* no puede ofrecer ninguna motivación ulterior. Pues, por hipótesis, el juez hará lo que es moralmente meritorio sin importar que recurra o no a *R* (la que, nuevamente, es válida gracias a su mérito moral). Recurrir a *R* no puede representar en sí una diferencia práctica porque las razones proporcionadas por *R* ya están contenidas en *RdR*. Por ende, la Tesis de la Incorporación no es consistente con la Tesis de la Diferencia Práctica.

De manera esquemática, el argumento de Shapiro puede resumirse de la siguiente manera:

1. La función conceptual del Derecho es guiar la conducta (la Tesis Funcionalista).
2. Si la Tesis Funcionalista es verdadera, entonces una norma incapaz de hacer una diferencia práctica en la estructura de las deliberaciones está conceptualmente descalificada para ser una ley.
3. En consecuencia, una norma incapaz de hacer una diferencia práctica en la estructura de las deliberaciones está conceptualmente descalificada para ser una ley. (TDP) (De 1,2).

POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE

4. Las condiciones mínimas de Hart para la existencia de un sistema jurídico implican que la regla de reconocimiento marca una diferencia práctica al guiar motivacionalmente a las autoridades y que las normas válidas de primer orden marcan una diferencia práctica al guiar epistémicamente a los ciudadanos.

5. Por lo tanto, una regla que es incapaz de guiar motivacionalmente a las autoridades está conceptualmente descalificada para ser una regla de reconocimiento (De 3,4).

6. La Tesis de la Incorporación permite que existan reglas de reconocimiento que incorporan criterios morales de validez.

7. Por lo tanto, si la Tesis de la Diferencia Práctica es verdadera, entonces la Tesis de la Incorporación es falsa (De 3, 7, 8).

8. Por lo tanto, si la Tesis Funcionalista es verdadera, entonces la Tesis de la Incorporación es falsa (De 2,9).

Shapiro concluye que “el positivismo jurídico [e]xcluyente... le es impuesto al positivista jurídico que está comprometido con una concepción funcionalista del Derecho.”⁹³

2. *La respuesta de Coleman a Shapiro*

Coleman ofrece una respuesta conservadora al argumento de Shapiro. Coleman acepta que el argumento de Shapiro establece la falta de consistencia de la TDP con la Tesis de la Incorporación, pero niega que un positivista incluyente tenga que abandonar la Tesis de la Incorporación a favor de la TDP:

Parece haber una diferencia entre el estatus del argumento de que la persistencia y la continuidad son características necesarias del Derecho y la afirmación de que la capacidad de hacer una diferencia práctica también lo es. No es posible imaginar al Derecho sin la persistencia, continuidad y sus implicaciones: la institucionalidad, las reglas secundarias,

⁹³ *Ibidem*, p. 507.

KENNETH EINAR HIMMA

un aspecto interno. No es igual de claro si las reglas son incapaces de ser jurídicamente válidas o vinculantes solo debido a que son incapaces de guiar la conducta. Podríamos decir, entonces, que la afirmación de que el Derecho es una práctica social normativa implica que la mayor parte del Derecho, la mayor parte del tiempo, hace una diferencia práctica.⁹⁴

La afirmación de que el Derecho hace una diferencia práctica, de acuerdo con Coleman, es casi una afirmación empírica sobre lo que el Derecho típicamente realiza: “el que la capacidad de hacer una diferencia práctica sea una condición de legalidad simplemente no es parte de nuestro concepto de Derecho, aunque una capacidad general de hacer una diferencia práctica generalmente es una característica del Derecho”.

Por supuesto, si la premisa 2 de Shapiro es correcta y la Tesis de la Diferencia Práctica es una consecuencia lógica de la perspectiva de que la función conceptual del Derecho es guiar la conducta, entonces Coleman también debe renunciar al funcionalismo.⁹⁵ Aunque parece que el Derecho, siendo un tipo de artefacto, debe tener una función distinta y que el guiar la conducta es el candidato más intuitivo para esa función, Coleman rechaza la idea de que el Derecho tiene una función conceptual sobre la base de que recurre a un esencialismo metafísico inaceptable.⁹⁶ Entonces, Coleman acepta la solidez del argumento de Shapiro pero arguye que el positivista incluyente debería rechazar el funcionalismo y la TDP.

⁹⁴ Coleman, Jules, “Incorporationism, Conventionality...”, *cit.*, pp. 424-425.

⁹⁵ Pero nótese que la oración “la función conceptual del Derecho es guiar la conducta” es ambigua entre la función del Derecho como institución (o la función de un sistema jurídico) y la función del Derecho considerada como una norma individual. Aquella no implica un compromiso con la TDP. Véase Himma, Kenneth Einar, “H. L. A. Hart and the Practical Difference Thesis”, *Legal Theory*, vol. 6, núm. 1, marzo de 2000, pp. 1-43.

⁹⁶ Coleman, Jules, *The Practice of Principles...*, *cit.*, p. 145.

POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE

3. *El Componente de Necesidad*

De los dos componentes de la Tesis de la Incorporación, el Componente de Necesidad es el más débil en relación con el positivismo excluyente porque, a diferencia del Componente de Suficiencia, solo opera en normas que tienen una fuente social apropiada. Pero a pesar de su proximidad teórica con el positivismo excluyente, Shapiro cree que el Componente de Necesidad no es consistente con la TDP.

El argumento se describe a continuación. Supongamos que *NRdR* valida solo a las reglas que (1) son promulgadas por la legislatura de acuerdo con ciertos procedimientos y (2) no son descaradamente injustas. Y supongamos que la legislatura promulga R_{mw} , que exige que los patrones paguen los salarios de al menos \$6 dólares la hora. Asumamos que R_{mw} no es descaradamente injusta y por lo tanto es válida bajo *NRdR*. De acuerdo con Shapiro, si el juez está guiado motivacionalmente por *NRdR*, no puede estar guiado simultáneamente por R_{mw} .

¿Puede la regla de salario mínimo guiar a un juez cuando menos motivacionalmente? La respuesta a esta pregunta es... “no”. Recuérdese que una regla guía motivacionalmente la conducta cuando se toma como una razón perentoria para la acción; se sigue que una regla no puede guiar motivacionalmente si se requiere que el agente deliberare sobre los méritos de aplicar la regla. Como, según la regla de reconocimiento incluyente, la aplicación de la regla de salario mínimo depende de que el juez evalúe primero si la regla es descaradamente injusta, no puede tratar a la regla como una razón perentoria para la acción y, por lo tanto, no puede estar guiado motivacionalmente por ella.⁹⁷

En la medida en que R_{mw} pretende guiar motivacionalmente la conducta judicial al proporcionar una razón perentoria que *precluye* la deliberación sobre los méritos morales de R_{mw} , se sigue que R_{mw} no puede guiar la conducta puesto que

⁹⁷ Shapiro, Scott J., “On Hart’s Way Out”..., cit., p. 501.

KENNETH EINAR HIMMA

NRdR requiere que un juez delibere sobre los méritos de R_{mw} como una condición previa para aplicarla.

El problema surge aquí porque, como lo hemos visto, la concepción de Hart de las razones perentorias le prohíbe al juez deliberar sobre los méritos morales de R_{mw} . En la medida en que una regla de reconocimiento requiere que se lleve a cabo una deliberación sobre los méritos (morales) de una ley como condición previa para aplicarla, esa ley no puede siquiera pretender proporcionar razones perentorias porque las razones perentorias excluyen tal deliberación. En virtud de que, para Hart, el Derecho guía motivacionalmente la conducta al proporcionar razones perentorias, cualquier ley que deba ser evaluada moralmente como condición previa a su aplicación es incapaz de guiar motivacionalmente la conducta en el sentido Hartiano.

Pero nótese que no hay nada en las Tesis de la Convencionalidad, del Hecho Social y de la Separabilidad que comprometa a Hart con la postura de que el único modo en que el Derecho puede proporcionar una guía motivacional es al excluir toda deliberación sobre los méritos de una regla. Tampoco hay nada en las perspectivas generales de Hart en cuanto a que, el que la regla de reconocimiento tenga un aspecto interno, lo orilla a definir esta idea importante en términos de la aceptación de las autoridades de la autoridad perentoria. Mientras que hay otras características de la teoría de Hart que lo identifican con esta concepción de guía motivacional,⁹⁸ estas características no son pertinentes para los compromisos centrales del positivismo incluyente. Si esto es correcto, entonces un positivista incluyente puede responder a Shapiro al rechazar la teoría de Hart de las razones perentorias como una concepción sobre cómo el Derecho guía motivacionalmente la conducta.

⁹⁸ Shapiro cree que Hart no puede repensar su teoría de las razones perentorias sin tener que repensar otros aspectos de su teoría. Véase Shapiro, Scott J., "Law, Morality and the Guidance of Conduct", *Legal Theory*, vol. 6, núm. 2, junio de 2000, pp. 62-63. De aquí en adelante se le denotará como *LMG*. Las referencias corresponden al manuscrito.

POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE

En efecto, una vez que rechazamos la concepción de Hart de las razones perentorias como una concepción de guía motivacional, podemos ver cómo un juez puede simultáneamente ser guiado por $NRdR$ y por R_{mw} . Supongamos que sería descaradamente injusto que los empleados les permitan a los patrones pagar menos de \$4 dólares por hora y descaradamente injusto que a los patrones les exijan pagar más de \$9 dólares por hora. Supongamos que un empleado demanda a un patrón con fundamento en R_{mw} , utilizando como argumento que el patrón solo le paga \$5.50 dólares por hora en violación de los requerimientos del salario mínimo. Supongamos también que el juez le ordena al patrón pagar a los empleados la diferencia entre lo que habrían recibido de haberles pagado \$6 dólares por hora y lo que de hecho recibieron –y lo hace así debido a que está obligado a ello en virtud de R_{mw} y lo hace por la obligación que le impone R_{mw} al juez.

Bajo estos supuestos, parece haber lugar para que R_{mw} haga una diferencia práctica en la deliberación del juez. En la perspectiva de Shapiro, para determinar si una regla hace una diferencia práctica, debemos considerar lo que el agente haría si no invocara la regla; si él haría exactamente la misma cosa al no recurrir a la regla, entonces la regla no hace una diferencia práctica. Pero nótese que no hay razón para pensar que la decisión del juez habría sido la misma sin invocar R_{mw} . Ésta le exige a los patrones pagar \$6 dólares por hora, pero no sería descaradamente injusto pagarles \$5.50 dólares por hora. Por ende, no hay garantía de que un juez que está motivado por $NRdR$ haría lo mismo si no se fundamentara en R_{mw} . En efecto, la decisión del juez habría sido diferente si R_{mw} exigiese el pago de \$7 dólares por hora (lo cual, por hipótesis, no es descaradamente injusto). De esta manera, es posible que el juez esté guiado motivacionalmente por $NRdR$ y R_{mw} .

Aquí vale la pena señalar que las normas que son válidas bajo reglas de reconocimiento excluyentes pueden hacer una diferencia práctica, puesto que los criterios excluyentes de validez le dan a los jueces lo que Shapiro llama “margen de maniobra”. Un juez puede estar guiado motivacionalmente

KENNETH EINAR HIMMA

tanto por la regla de reconocimiento excluyente como por una regla válida según la misma regla, porque “siempre depende del juez el imaginar que la norma ya no existe”.⁹⁹ Si la norma ya no existe o es reemplazada por otra norma, entonces el juez tiene una razón para hacer algo diferente. De acuerdo con Shapiro, “es este margen de maniobra diseñado por reglas dinámicas de reconocimiento el que permite que las reglas jurídicas primarias hagan diferencias prácticas”.¹⁰⁰

Pero, como lo muestra el ejemplo anterior, las reglas de necesidad dejan exactamente el mismo tipo de margen de maniobra. En la medida en que las reglas de necesidad requieren que las promulgaciones legislativas sean consistentes con algún conjunto de principios morales, son dinámicas en tanto, en la mayoría de los casos, una misma conducta que es consistente con los principios morales relevantes estará gobernada por más de una sola regla. Hay, por ejemplo, muchas maneras en las que un Estado puede regular el flujo de tráfico en una autopista interestatal y que a la vez ello sea consistente con la Octava Enmienda de la Constitución. Así, un juez que está motivado por una regla de necesidad puede estar simultáneamente motivado por una regla que es válida en los términos de aquélla, porque el juez siempre puede imaginar que la regla ya no existe o que es reemplazada por otra regla. Siempre que el positivista rechace la perspectiva de que el Derecho otorga razones perentorias, puede aceptar el Componente de Necesidad como un medio para explicar la operación de las disposiciones constitucionales, como la Octava Enmienda.

4. *El componente de suficiencia*

Mientras que el argumento de Shapiro en contra del Componente de Necesidad está dirigido a la concepción de Hart de las razones perentorias, su argumento en contra

⁹⁹ Shapiro, Scott J., “On Hart’s Way Out”..., *cit.*, p. 498.

¹⁰⁰ *Idem.*

POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE

del Componente de Suficiencia se dirige a otras concepciones de guía motivacional y, por lo tanto, es bastante más fuerte. Asumamos que *SRdR* es una regla de suficiencia que afirma que “los jueces están obligados a aplicar normas morales en casos difíciles” y asumamos que *R_{com}* es la regla moral que señala que una persona A debe compensar a una persona B cuando la conducta de A resulta en daños y perjuicios indebidos ocasionados a B. La norma *R_{com}* es válida en virtud de su contenido moral bajo *SRdR*. Ahora supongamos que el juez debe decidir si Juan debe compensar a Pedro por los daños y perjuicios que éste sufrió cuando se resbaló en el hielo que se formó en la acera de Juan y que *R_{com}* es la única regla relevante. Supongamos también que el juez está guiado motivacionalmente por *SRdR*.

Según la perspectiva de Shapiro, el juez no puede estar guiado motivacionalmente de forma simultánea por *R_{com}*, “porque el juez actuará exactamente de la misma manera ya sea que consulte personalmente el principio moral o no”.¹⁰¹ Pues un juez que está guiado motivacionalmente por *SRdR* estaría motivado a decidir el caso de acuerdo con la moralidad —y la moralidad exige que Juan compense a Pedro—. Luego, si el juez está guiado motivacionalmente por *SRdR*, *R_{com}* no puede hacer una diferencia práctica: “El guiarse por la regla incluyente de reconocimiento siempre es suficiente *por sí mismo* para darle al juez la respuesta correcta”.¹⁰²

Uno podría rebatir lo anterior y sostener que el juez podría haberse comportado de manera distinta si la moralidad no le exigiera a Juan compensar a Pedro; dicho de otro modo, uno podría argüir que el juez habría decidido el caso de forma distinta si *R_{com}* no hubiese sido una regla. Pero Shapiro responde que simplemente no es posible que *R_{com}* no sea una regla bajo una regla de suficiencia que valida a todos y únicamente a los principios morales. Las reglas de reconocimiento excluyentes dejan un margen de maniobra

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 496.

¹⁰² *Idem*.

KENNETH EINAR HIMMA

con respecto de R_{com} porque el que ésta sea válida depende *completamente* de que tenga o no la fuente social apropiada —y esto es una cuestión contingente; aunque R_{com} es una exigencia moral de justicia correctiva, una legislatura podría aun así negarse a promulgar R_{com} . Entonces, bajo una regla de reconocimiento excluyente que valida a R_{com} , un juez tiene el margen de maniobra necesario con respecto a R_{com} porque “siempre depende de nosotros imaginar que la norma [R_{com}] ya no existe.” Así, las reglas de reconocimiento excluyentes son “dinámicas” porque la cuestión sobre cuáles reglas son validadas por una regla de reconocimiento es una cuestión puramente contingente.

Y esto, según Shapiro, distingue a las reglas de reconocimiento excluyentes de las incluyentes:

A diferencia de la regla de reconocimiento excluyente, la incluyente es estática. El grupo de posibles acciones motivadas por ella está fijo desde su concepción y nunca varía. La razón para esto es simple: la moralidad es un sistema estático —no tiene “regla de cambio”. La moralidad difiere dramáticamente del Derecho en este respecto. Mientras que las reglas jurídicas cambian rutinariamente con el paso del tiempo, las reglas morales no lo hacen. Por ejemplo, es incoherente decir que las promesas ya no necesitan ser cumplidas. Si las promesas deben ser respetadas hoy, deberán ser respetadas mañana.¹⁰³

Entonces, lo que distingue a las reglas de suficiencia de las reglas de reconocimiento excluyentes es lo siguiente: mientras que la cuestión sobre cuáles reglas son válidas bajo una regla de reconocimiento excluyente es de carácter contingente, no lo es la diversa cuestión sobre cuáles reglas son válidas bajo una regla de reconocimiento de suficiencia.

No obstante, este argumento de Shapiro asume problemáticamente la falsedad del relativismo ético normativo. De acuerdo con el relativismo ético normativo, las culturas manufacturan la moralidad en el siguiente sentido: lo que es

¹⁰³ *Ibidem*, p. 498.

POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE

incorrecto en una cultura dada está determinado en su totalidad por lo que cree la mayoría de las personas de esa cultura. Así, por ejemplo, el aborto es moralmente incorrecto en una cultura en un tiempo *t* si y solo si la mayoría de las personas creen en *t* que el aborto es incorrecto. Pero si el relativismo ético normativo es verdadero, se sigue, *contra Shapiro*, que la moralidad es un sistema dinámico en el que las reglas morales pueden cambiar, lo que a su vez deja un margen de maniobra para que un juez “imagine que la norma [*R_{com}*] ya no existe.”

En respuesta, Shapiro sostiene que el relativismo ético normativo no rescatará al positivista incluyente; pues, si aquél fuera verdadero, “el positivismo jurídico incluyente colapsaría y se convertiría en positivismo jurídico excluyente, pues ambos exigirían que las normas jurídicas tuvieran fuentes sociales y fuesen válidas en virtud de esas fuentes.”¹⁰⁴ Sin embargo, esto sobredimensiona las consecuencias que tiene el relativismo ético normativo en el positivismo jurídico. Los positivistas jurídicos excluyentes sostienen que es una verdad conceptual el hecho de que el derecho tiene una fuente *institucional* que sirve como un pedigrí para el derecho. Lo que se necesita para validar una norma, de acuerdo con el positivismo excluyente, es (1) algún tipo de acto intencional (2) expresado en un contexto institucional que esté conforme con los criterios convencionales de validez. Las normas que son válidas en virtud de lo que la gente común generalmente cree, no satisfacen ninguna de estas condiciones. Si el carácter de verdad del relativismo ético normativo implicara repensar la distinción entre el positivismo incluyente y excluyente, ello no se debe a que la distinción entre los dos colapsaría.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Shapiro, Scott J., “Law, Morality and the Guidance of Conduct”, *cit.*, p. 25.

¹⁰⁵ Para ver esto, nótese que uno podría argüir que la concepción Razional de autoridad todavía es inconsistente con la Tesis de la Incorporación. Pues bajo una regla de reconocimiento incluyente, identificar al derecho como tal requeriría que una persona deliberara sobre sus “méritos”

KENNETH EINAR HIMMA

De cualquier forma, Shapiro tiene una respuesta más fuerte para la objeción: aun si es posible que R_{com} no sea una regla moral, R_{com} no puede guiar motivacionalmente a un juez que está a su vez guiado motivacionalmente por $SRdR$. En la perspectiva de Shapiro, R_{com} guía motivacionalmente a un juez para que éste haga *a si* y solo si el juez podría no haber hecho *a en caso de no recurrir a R_{com}* . Pero si el juez está guiado motivacionalmente por $SRdR$, hará lo que exige la moralidad, ya sea que ello esté determinado objetiva o intersubjetivamente, incluso si no invoca R_{com} . Así, sin importar que el relativismo ético normativo sea verdadero o no, el juez no puede estar guiado motivacionalmente tanto por $SRdR$ como por R_{com} .

5. *La guía motivacional y las decisiones judiciales*

Los argumentos de Shapiro se apoyan críticamente en la afirmación de que la TDP implica que los jueces deben ser guiados motivacionalmente por normas jurídicas de primer orden. Como lo hemos visto, Shapiro rechaza la posibilidad de que haya una regla de reconocimiento incluyente porque un juez que está guiado motivacionalmente por tal regla no puede estar al mismo tiempo guiado por una norma de primer orden que es validada por ella. De acuerdo con Shapiro, una vez que el juez está motivado por una regla de reconocimiento incluyente, no hay lugar para que una norma de primer orden guíe motivacionalmente al juez porque la regla de reconocimiento ya determina lo que el juez hará.

Pero uno puede preguntarse razonablemente por qué cualquier versión plausible de la TDP le exigiría a los jueces estar guiados motivacionalmente por normas de primer orden. Aquí es importante destacar que, según Hart, la regla de reconocimiento es utilizada solo por autoridades y, por

—aunque sus méritos serían definidos en términos de una propiedad empírica, en específico lo que creen las personas en la cultura—. Y esto sigue siendo inconsistente con el punto conceptual de la autoridad, que es el resolver cuestiones sobre lo que la razón correcta exige.

POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE

lo tanto, define los deberes jurídicos de las autoridades *qua* autoridades. En cambio, las normas jurídicas de primer orden no definen generalmente los deberes jurídicos que le son aplicables a las autoridades *qua* autoridades. De esta manera, cuando un juez evalúa la conducta de un ciudadano bajo una norma de primer orden, la conducta de ese juez satisface un deber definido por la regla de reconocimiento. No satisface un deber definido por la norma jurídica de primer orden de que se trata; la norma jurídica de primer orden, por sí misma, define el deber del acusado —y por esta razón, la norma es relevante—.

El compromiso de Hart con el punto de vista interno y la Tesis Fuerte de Convencionalidad parece implicar, como lo señala Shapiro, que los jueces deben estar guiados motivacionalmente por la regla de reconocimiento. Un juez que toma el punto de vista interno frente a una regla de reconocimiento que define sus deberes, necesariamente toma a esa regla como razón para hacer lo que ésta le exige *a él*.

Sin embargo, no está claro cómo es que los jueces podrían estar guiados motivacionalmente por reglas que no están dirigidas a ellos y, por lo tanto, no *definen* sus deberes jurídicos. Según la noción de Shapiro, estar guiado motivacionalmente por una regla es estar “conforme” con la regla debido a su status como regla. Pero un juez que evalúa la conducta de un acusado bajo una regla de primer orden no se está *conformando* con la regla de primer orden; más bien, se está conformando con la regla de reconocimiento que le exige determinar si la conducta del acusado *se ajusta* a esa regla de primer orden. En la medida en que el juez no puede *qua* juez estar conforme, en sentido estricto, con esa regla de primer orden, no está claro por qué la TDP debería ser interpretada como una que exige que el juez esté guiado motivacionalmente por tales reglas.¹⁰⁶

¹⁰⁶ Véase Himma, Kenneth Einar, “H. L. A. Hart and the Practical Difference Thesis”, *cit.*, pp. 34-39, para un debate más detallado sobre esta línea de críticas. Por ejemplo, Shapiro resalta el siguiente argumento de Hart: “es evidente, sin duda, que la mayoría de [las decisiones], como ocu-

KENNETH EINAR HIMMA

Por supuesto, como lo indica Shapiro, algunas normas de primer orden están dirigidas a jueces.¹⁰⁷ Nuevamente, consideremos el principio, que se volvió famoso en el caso *Riggs vs. Palmer*, de que a ninguna persona debe permitirse beneficiarse de sus propias injusticias. En sí mismo, el principio *Riggs* parece ordenarle a los jueces tomar acciones para prevenir que una persona se beneficie de sus propias injusticias y, por lo tanto, está claramente dirigida a los jueces y no a los ciudadanos.

Pero esta observación, si bien es correcta, no puede reivindicar el argumento que esgrime Shapiro contra el positivismo incluyente. Lo que se necesita para echar abajo la Tesis de la Incorporación es un argumento que demuestre que los jueces *siempre* deben ser guiados motivacionalmente por normas de primer orden. El que algunas normas de primer orden estén dirigidas a jueces y, por ende, sean capaces de guiar motivacionalmente su conducta no conlleva que *todas* las normas de primer orden deban ser capaces de guiar motivacionalmente la conducta judicial. Si esto es co-

rre con las movidas del jugador de ajedrez, son obtenidas mediante el esfuerzo genuino para ajustarse a reglas conscientemente aceptadas como pautas o criterios orientadores de decisiones o, si se llega a éstas en forma intuitiva, se hallan justificadas por reglas que el juez estaba de antemano dispuesto a observar, y cuya relevancia para el caso ocurrente es generalmente reconocida". Hart, H. L. A., *The Concept of Law...*, cit., p. 141 [visible en la traducción al español en la p. 175]. Dudo que las nociones de Hart sobre las distintas formas de guía hayan sido desarrolladas lo suficiente como para que estas observaciones aisladas sean evidencia confiable en uno u otro sentido. En efecto, parte de lo que le da tanta importancia al trabajo de Shapiro sobre el tema es que él ha formulado distinciones que no fueron efectuadas previamente en la literatura. Sospecho que hay mucho en el trabajo de Shapiro que pudo haber impresionado incluso a Hart por su carácter innovador. De cualquier forma, no deseo hacer ninguna afirmación aquí sobre lo que Hart creía o no. Más bien, solo sostengo que el núcleo de la teoría de Hart le permite negar que los jueces deben ser guiados, en el sentido de Shapiro, por normas de primer orden y que él por lo tanto debería negar esta fuerte afirmación.

¹⁰⁷ Shapiro, Scott J., "Law, Morality and the Guidance of Conduct", cit., p. 30.

POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE

rrecto, entonces el argumento de Shapiro muestra, al menos, que las normas de primer orden dirigidas a jueces no pueden ser jurídicamente válidas por virtud de su contenido moral; tales normas son ya sea inválidas, válidas en virtud de sus fuentes, o deben ser interpretadas como si estuvieran dirigidas a los gobernados.¹⁰⁸ Esto implica una restricción conceptual del contenido de las reglas de reconocimiento incluyentes, pero no excluye lógicamente la posibilidad de que haya criterios morales de validez.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- BRATMAN, Michael, “Shared Cooperative Activity”, *Philosophical Review*, vol. 101, no. 2, abril de 1992.
- COLEMAN, Jules, “Negative and Positive Positivism”, 11 *Journal of Legal Studies*, 1982.
- COLEMAN, Jules, “Second Thoughts and Other First Impressions”, en BIX, Brian (ed.), *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1998.
- COLEMAN, Jules, “Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis”, *Legal Theory*, vol. 4, num. 4, December 1998.
- COLEMAN, Jules, *The Practice of Principles: A Defence of A Pragmatist Approach to Legal Theory*, The Clarendon Lectures in Law, Oxford University Press, 2000.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, 5th. reimpr., España, Editorial Ariel, 2002.

¹⁰⁸ Desde esta interpretación, el principio Riggs establecería que es incorrecto que una persona se beneficie de su propia conducta culpable.

KENNETH EINAR HIMMA

- EDMUNDSON, William A., "Legitimate Authority without Political Obligation", *Law and Philosophy*, vol. 17, num. 1, enero de 1998.
- HART, H. L. A., *The Concept of Law*, 2nd. ed., Oxford, Clarendon Press, 1994.
- HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, 2a. ed., trad. de Genaro R. Carrió, México, Editora Nacional, 1980.
- HART, H. L. A., "Book Review of The Morality of Law", 78 *Harvard Law Review*, 1965.
- HART, H. L. A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983.
- HART, H. L. A., *Post scriptum al concepto de derecho*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.
- HART, H. L. A., "Commands and Authoritative Legal Reasons", in HART, H. L. A., *Essays in Bentham*, Oxford, Clarendon Press, 1982.
- FÜSER, Klaus, "Farewell to «Legal Positivism»: The Separation Thesis Unravelling", en GEORGE, Robert P., *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1996.
- FULLER, Lon L., *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1963.
- FULLER, Lon L., *La moral del derecho*, trad. de Francisco Navarro, México, Editorial F. Trillas, 1967.
- GREEN, Leslie, "Positivism and Conventionalism", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 12, No. 1, enero de 1999.
- HIMMA, Kenneth Einar, "Law's Claim of Legitimate Authority", en COLEMAN, Jules (ed.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, forthcoming 2001.

POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE

- HIMMA, Kenneth Einar, "H. L. A. Hart and the Practical Difference Thesis", *Legal Theory*, vol. 6, num. 1, marzo de 2000.
- HURD, Heidi M., "Challenging Authority", 100 *Yale Law Journal*, 1991.
- KRAMER, Matthew, "Requirements, Reasons, and Raz: Legal Positivism and Legal Duties", *Ethics*, vol. 109, num. 2, 1999.
- LEITER, Brian, "Realism, Positivism, and Conceptual Analysis", *Legal Theory*, vol. 4, num. 4, diciembre de 1998.
- LYONS, David, "Principles, Positivism, and Legal Theory", 87 *Yale Law Journal* 415, 1977.
- MARMOR, Andrei, "Legal Conventionalism", *Legal Theory*, vol. 4, num. 4, diciembre de 1998.
- RAZ, Joseph, "Legal Principles and the Limits of Law", 81 *Yale Law Journal* 823, 1972.
- RAZ, Joseph, *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979.
- RAZ, Joseph, *The Concept of a Legal System*, 2nd. ed., Oxford, Clarendon Press, 1980.
- RAZ, Joseph, "Hart on Moral Rights and Legal Duties", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 4, num. 1, Spring 1984.
- RAZ, Joseph, "Authority and Justification", *Philosophy & Public Affairs*, vol. 14, num. 1, invierno de 1985.
- RAZ, Joseph, "Authority, Law, and Morality", *The Monist*, vol. 68, num. 3, 1985.
- RAZ, Joseph, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, 2a. ed., México, UNAM, 1985.
- RAZ, Joseph, *El concepto de sistema jurídico*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 1986.

KENNETH EINAR HIMMA

- RAZ, Joseph, *Practical Reasons and Norms*, Princeton, Princeton University Press, 1990.
- RAZ, Joseph, *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Clarendon Press, 1994.
- RAZ, Joseph, *La ética en el ámbito público*, trad. de María Luz Melon, España, Editorial Gedisa, 2001.
- SHAPIRO, Scott J., “On Hart’s Way Out”, *Legal Theory*, vol. 4, num. 4, diciembre de 1998.
- SHAPIRO, Scott J., “Law, Morality and the Guidance of Conduct”, *Legal Theory*, vol. 6, núm. 2, junio de 2000.
- SHAPIRO, Scott J., “Law, Plans and Practical Reason”, *Legal Theory*, vol. 8, núm. 4, diciembre de 2002.
- SOPER, Philip, “Law’s Normative Claims”, en George, Robert P., *The Autonomy of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1996.
- SOPER, Philip, “Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute”, 75 *Michigan Law Review*, enero de 1977.
- WALUCHOW, Wilfrid, “Authority and the Practical Difference Thesis: A Defense of Inclusive Legal Positivism”, *Legal Theory*, vol. 6, núm. 1, marzo de 2000.