

# **SOBRE LA INCONSISTENCIA TEÓRICA DEL POSITIVISMO INCLUYENTE<sup>1</sup>**

CLAUDINA ORUNESU

Universidad Nacional de Mar del Plata

## **Resumen**

El profesor Juan Carlos Bayón ha sostenido que el positivismo incluyente resultaría inaceptable por apoyarse en la idea de una convención social de seguir criterios no convencionales: si hubiera acuerdo sobre el contenido de esos criterios, ellos resultarían convencionales, y sin acuerdo, no habría práctica social convergente y, por ende, no habría en realidad una regla convencional. Así, el positivismo incluyente quedaría enfrentado a un dilema: o bien resulta indistinguible del positivismo excluyente, o bien no es una postura convencionalista en absoluto.

Este trabajo evaluará la posibilidad de una salida al dilema. Para ello, se efectuará un análisis de las diversas versiones del positivismo incluyente y sus límites a la luz de la objeción planteada. También se intentará demostrar la viabilidad de un contraargumento centrado en los alcances de la tesis de la convencionalidad, que bloquearía la acusación de inconsistencia teórica esgrimida en su contra.

**PALABRAS CLAVE:** derecho y moral - positivismo incluyente - tesis de la convencionalidad.

## **Abstract**

Professor Juan Carlos Bayón has argued that Inclusive Legal Positivism should be rejected because its plausibility depends on the idea of a social convention to follow non-conventional criteria of validity. In his view, if there were agreement on the content of these criteria, it would be impossible to sustain its non-conventional character; and without agreement, there would not be a common social practice, and thus no social rule would exist. Therefore, Inclusive Positivism faces a dilemma: being indistinguishable from Exclusive Positivism or not being a genuine form of conventionalism at all. This article evaluates a possible way out of this dilemma. It explores the different versions of Inclusive Legal Positivism and its limits, and tries to build an opposing argument grounded on the scope of the conventionality thesis that would rescue Inclusive Legal Positivism from the accusation of theoretical inconsistency.

**KEY WORDS:** Law and Morality - Inclusive Positivism - Conventionality Thesis.

<sup>1</sup>Quiero agradecer a Jorge L. Rodríguez y a dos árbitros anónimos por sus sugerencias y observaciones críticas, imprescindibles en la elaboración de la versión final de este trabajo, y a SADAF (Sociedad Argentina de Análisis Filosófico) por haber distinguido este trabajo con el PREMIO ESTÍMULO A LA INVESTIGACIÓN 2005; en virtud de esta distinción, el texto fue presentado en el COLOQUIO SADAF 2005, brindándome la oportunidad de discutir estas ideas en el marco de dicho Coloquio.

## 1. Introducción

En los textos constitucionales, especialmente en aquellas normas que tutelan derechos básicos, es corriente hallar referencias a pautas valorativas y principios morales, que parecen dificultar la determinación del contenido del derecho cuando se ejercita el control de constitucionalidad. Lo mismo ocurre en los casos de conflictos entre principios constitucionales, en los que frecuentemente se recurre a argumentaciones que trascienden el derecho, para entrar en los dominios de la política y la moral. La existencia de ese tipo de referencias ha llevado a replantear cuál es la mejor teoría explicativa para dar cuenta del derecho tal como se presenta hoy en las democracias modernas. Al mismo tiempo, ha reposicionado en el centro de la escena iusfilosófica la tradicional discusión en torno a las relaciones entre el derecho y la moral.

Recuérdese que, en lo que a esto concierne, el positivismo jurídico ha negado la existencia de una conexión necesaria entre derecho y moral. Desde este punto de vista, ese vínculo sería meramente contingente. Sin embargo, en los últimos años ha surgido una controversia en el seno del positivismo sobre la posibilidad de una particular conexión entre derecho y moral. Algunos autores han planteado que es viable compatibilizar los postulados positivistas con la posibilidad de que los principios morales sean fuentes jurídicas vinculantes. La pregunta que se plantea es si no entra en conflicto con las tesis básicas del positivismo el aceptar que la corrección moral constituya un posible criterio de validez jurídica, que ciertas normas morales sean parte de un sistema jurídico en virtud de su valor moral, aún en los casos en los que carezcan de una fuente social adecuada. Dos respuestas diversas se han ofrecido a este interrogante, dando lugar a dos corrientes enfrentadas: el *positivismo excluyente* y el *positivismo incluyente*, cada una de las cuales hace una interpretación distinta de los postulados fundamentales del positivismo.

En el marco de este trabajo no pretendo profundizar el análisis de los diversos argumentos construidos por los partidarios de cada una de estas dos posturas en defensa de sus puntos de vista y en réplica a la concepción alternativa, ni tampoco asumir la defensa de alguna de ellas. Mis objetivos son mucho menos ambiciosos: me concentraré, en primer lugar, en reconstruir los alcances de las tesis del positivismo incluyente y de los términos de la disputa con el positivismo excluyente. En segundo lugar, analizaré una objeción planteada por el profesor Juan Carlos Bayón según la cual el positivismo incluyente sería internamente inconsistente, e intentaré sostener que ella no representa un obstáculo para el positivismo incluyente.

## 2. Un replanteo para el positivismo jurídico

El positivismo de tradición hartiana se caracteriza por sostener las siguientes tesis:<sup>2</sup>

- (I) *La tesis de las fuentes sociales*: la existencia y el contenido del derecho de una sociedad dependen de un conjunto de factores sociales. Identificar normas jurídicas implica conocer ciertos hechos sociales que dan lugar a la creación de derecho.
- (II) *La tesis de la separación*: la validez de una norma no implica necesariamente su validez moral y viceversa. Una norma no es jurídicamente válida por el mero hecho de ser moralmente aceptable, y del hecho de que una norma sea inmoral no se sigue que ella no sea jurídicamente vinculante.
- (III) *La tesis de la discrecionalidad*: las normas jurídicas válidas no regulan en forma clara cada comportamiento. Cuando la ley es indeterminada, los jueces tienen discrecionalidad.

La principal característica del positivismo es que intenta dar cuenta del derecho en términos de hechos sociales. En la versión de Hart, el derecho es posible por una convergencia interdependiente de conductas y actitudes, una suerte de acuerdo. Hart explica este acuerdo como una práctica social que comprende dos elementos: conducta convergente y una actitud reflexiva hacia dicha conducta, esto es, su aceptación. Esa actitud reflexiva y crítica es el llamado *punto de vista interno*. Aceptar una regla desde el punto de vista interno consistiría en apelar a ella como una razón para la acción. El derecho es posible por la existencia de un cierto tipo de hechos sociales: la existencia de una práctica por parte de las autoridades de establecer criterios de legalidad o validez.

Las conocidas críticas de Dworkin al positivismo jurídico<sup>3</sup> llevaron en los últimos años a un replanteo, no uniforme, de sus tesis. Un positi-

<sup>2</sup> Sigo aquí la caracterización brindada en MORESO 2002:94.

<sup>3</sup> En su crítica originaria al positivismo, Dworkin sostenía que el derecho no estaría integrado sólo por reglas identificables en virtud de algún test relativo a su origen, sino además por principios, con respecto a los cuales no sería posible ningún test semejante. Su argumento consistía en que, si los jueces resuelven algunos de los casos que les son sometidos a juzgamiento apelando a principios (los denominados “casos difíciles”), y por sus características ellos no son identificables por ningún test de origen, entonces no sería posible demarcar un límite claro entre el *derecho que es* y el *derecho que debe ser*, tal como lo pretendería el positivismo. Según Dworkin, si los principios morales resultan jurídicamente vinculantes por cuestiones sustanciales, entonces la moral sería una condición

vista debería responder si puede aceptar que la corrección moral constituya un posible criterio de legalidad, que ciertas pautas morales puedan ser parte de un sistema jurídico aún en los casos en que ninguna autoridad las haya promulgado.<sup>4</sup>

Las diferentes respuestas que se han ofrecido a esta cuestión en el seno del positivismo pueden sintetizarse del siguiente modo. El *positivismo excluyente*, entre cuyos defensores encontramos a Joseph Raz,<sup>5</sup> Andrei Marmor<sup>6</sup> y Scott Shapiro,<sup>7</sup> sostiene que la existencia y contenido de una norma jurídica es solamente una función de puros hechos sociales, de si tiene una apropiada fuente en la legislación, la jurisprudencia o la costumbre. Para el positivismo excluyente, la corrección moral de una norma nunca puede constituir un criterio de legalidad. Una vez que se han establecido los hechos sociales apropiados, por ejemplo, que una autoridad ha emitido válidamente una formulación normativa y se ha determinado su significado, se alcanzan los límites del derecho existente.<sup>8</sup> Podría ocurrir que en ciertos casos el propio derecho autorice a un juez a fundar una decisión en una pauta moral, pero con ello lo estaría autorizando a ir más allá de los “límites del derecho”.

El *positivismo incluyente*, con antecedente en Hart<sup>9</sup> y de la mano de Jules Coleman<sup>10</sup> y Wilfrid Waluchow,<sup>11</sup> entre otros, ha sugerido, en cambio, que entre las conexiones concebibles entre derecho y moral que un positivista puede aceptar se encuentra el que la identificación de una regla como válida dentro de un sistema jurídico, así como el discernimiento de su contenido y de cómo se comporta en un caso, pueden depender de factores morales. A esta posición se la ha denominado también *incorporacionismo* o *positivismo suave*.<sup>12</sup> Los defensores de esta corriente consideran

---

de la legalidad, y la tesis de la separación debería ser abandonada. Asimismo, la tesis de la regla de reconocimiento también debería descartarse, porque el postulado según el cual ella especificaría las condiciones necesarias y suficientes de la validez jurídica resultaría falso, en tanto no serviría para identificar a los principios. Cf. DWORKIN 1977a, 1977b.

<sup>4</sup> Cf. SHAPIRO 2000:128.

<sup>5</sup> Cf. RAZ 1972, 1979, 1994 y 1998.

<sup>6</sup> Cf. MARMOR 2001.

<sup>7</sup> Cf. SHAPIRO 2000 y 2001.

<sup>8</sup> Cf. RAZ 1972.

<sup>9</sup> Cf. HART 1994.

<sup>10</sup> Cf. COLEMAN 1982, 1989, 1996, 1998, 2000, 2001a y 2001b.

<sup>11</sup> Cf. WALUCHOW 1994.

<sup>12</sup> En el *Post scriptum* a la 2ª ed. de *The Concept of Law*, Hart se presenta a sí mismo como un “positivista suave”. Cf. HART 1994:250-254. Véase también HART 1961:251-252. Según el análisis que Hart ofrece sobre la tesis de la separación en Bentham y Austin, podría igualmente considerarse que estos autores estarían cercanos a lo que hoy denominamos positivismo incluyente. Cf. HART 1958:599.

que se trata de una forma de positivismo porque no se admitiría una conexión necesaria entre derecho y moral. A diferencia de Dworkin, el positivista incluyente sostiene que el que la moral sea o no una condición de la validez jurídica depende de lo que establezca una regla social o convencional, como la regla de reconocimiento de Hart. Si en un cierto sistema jurídico su regla de reconocimiento establece que la moral es una condición de validez jurídica, entonces ella lo será respecto de ese sistema. Si, en cambio, la regla de reconocimiento no incorpora ningún principio moral, entonces ellos no figurarán entre los criterios de validez jurídica del sistema respectivo.

En síntesis, para el positivismo incluyente la moral puede de hecho ser una condición de la validez jurídica respecto de ciertos sistemas jurídicos. En ellos, la existencia y contenido del derecho dependería de valoraciones y principios morales. Tal sería el caso de las democracias constitucionales contemporáneas, en las que la validez de las leyes dependería, entre otras cosas, de su conformidad con ciertos principios morales básicos tutelados por sus constituciones.

## 2. La tesis de la separación

El positivismo jurídico, en tanto teoría rival de las concepciones iusnaturalistas, se identificó desde sus orígenes con la llamada tesis de la separación, cuyo fundamento puede hallarse en las siguientes palabras de John Austin:

“La existencia del derecho es una cosa; su mérito o demérito otra. Lo que es o no es, es una cosa; lo que sea o no sea de acuerdo a un determinado estándar, es otra”.<sup>13</sup>

Sostener un punto de vista semejante importa el rechazo de la proposición que afirma la existencia de una relación necesaria entre derecho y moral, esto es, de aquello que denominaré *tesis de la conexión necesaria*:

*Tesis de la Conexión Necesaria*: Necesariamente la validez jurídica de una norma depende de su valor moral o sus méritos sustantivos.

Debe advertirse, no obstante, que el rechazo de la tesis de la conexión necesaria puede asumir significados diferentes según el carácter

<sup>13</sup> AUSTIN 1832:157. La traducción me pertenece.

que se le imprima a la negación. Jules Coleman sostiene que existen dos interpretaciones plausibles de tal negación, dependiendo de que ella asuma la forma de lo que en lógica modal se denomina *negación externa* o *negación interna*.<sup>14</sup>

La negación interna de la tesis de la conexión necesaria se expresaría de la siguiente manera:

*Tesis de la separación (I)*: Necesariamente es el caso que la validez jurídica de una norma no depende de su valor moral o méritos sustantivos.

La negación externa, en cambio, podría expresarse del modo siguiente:

*Tesis de la separación (II)*: No necesariamente es el caso que la validez jurídica de una norma depende de su valor moral o méritos sustantivos.

(I) sería la versión de la tesis de la separación sostenida por el positivismo excluyente, en tanto que (II) sería la asumida por el positivismo incluyente.

Desde el positivismo incluyente, se ha ofrecido una lectura descriptiva de estas dos versiones de la tesis y, en consecuencia, de los postulados del positivismo excluyente e incluyente. El mejor ejemplo en este sentido lo brinda Wilfrid Waluchow. A su juicio, el positivismo excluyente sostendría que no existe sistema jurídico en el que la validez de una norma dependa de su valor moral o méritos sustantivos, en tanto que el positivismo incluyente afirmaríala existencia de tales sistemas.<sup>15</sup>

Bajo esta lectura descriptiva, la versión débil de la tesis de la separación defendida por el positivismo incluyente parecería dar cuenta de un modo más adecuado de la configuración de las prácticas corrientes en las democracias constitucionales contemporáneas. La versión fuerte que se atribuye al positivismo excluyente, en cambio, resultaría lisa y llanamente falsa al contrastársela con la evidencia empírica.

Para Waluchow, los conflictos en torno a la constitucionalidad de una norma no podrían ser explicados sino como intentos por demostrar, o bien que los criterios de validez jurídica no han sido satisfechos y que, por lo tanto, lo que parecía ser derecho válido no lo es en absoluto, o bien

<sup>14</sup> Cf. COLEMAN 1998:265.

<sup>15</sup> Cf. WALUCHOW 1994:142 y ss. y 1998:387-449.

que una norma debe ser entendida o interpretada de manera tal que no infrinja un derecho moral tutelado por la constitución. En el primer caso, la moral aparecería en aquellos razonamientos tendientes a objetar la existencia de derecho válido. En el segundo, aparecería en los argumentos tendientes a determinar el contenido del derecho válido. De aceptarse estos supuestos, concluye Waluchow, la existencia y contenido del derecho dependerían, al menos en ciertas ocasiones, de factores morales.

En la teoría de Waluchow, los conflictos de constitucionalidad constituirían contraejemplos al postulado del positivismo excluyente sobre qué clase de factores deben figurar necesariamente en la determinación del derecho o, en otras palabras, que los argumentos morales puedan jugar algún tipo de papel en su determinación. En palabras del propio Waluchow:

“Al determinar el status de las leyes en Canadá, los tribunales a menudo deben considerar sus “méritos morales”. Para bien o mal, en Canadá, la existencia del derecho no es una cosa, su mérito o demérito una cosa totalmente diferente. Estas dos cuestiones han sido unidas por la regla de reconocimiento de Canadá y la Constitución que ella valida”.<sup>16</sup>

Según esta forma de presentar el enfrentamiento entre el positivismo incluyente y el excluyente, parecería que se está en presencia de un desacuerdo de creencias que puede superarse por medio de la verificación de ciertos hechos. Por desgracia, la cuestión no es tan sencilla: sería demasiado ingenuo asignar carácter descriptivo a estas dos versiones de la tesis de la separación entre el derecho y la moral, lo que supondría, dado que ambas resultan de sendas negaciones de la tesis de la conexión necesaria, que ésta última también tiene carácter descriptivo.

Una línea argumentativa como la que sigue Waluchow parece utilizar como prueba en favor de la teoría que defiende el mismo hecho que necesita de explicación. En efecto, de lo que se trata aquí es de explicar el hecho de que los jueces recurren a la moral para justificar a veces sus decisiones, de modo que no se puede hacer referencia a ese mismo hecho como prueba de la mayor plausibilidad del positivismo incluyente sin incurrir en circularidad.<sup>17</sup> Estimo, contrariamente a este punto de vista, que las dos versiones del positivismo sugieren diferentes formas de concebir la regla de reconocimiento. De acuerdo con Hart, la existencia de dicha regla depende de ciertas prácticas sociales y, en este sentido, su existencia es una cuestión de hecho. El problema es que, para describir e inter-

<sup>16</sup> WALUCHOW 1994:155.

<sup>17</sup> Cf. ORUNESU, PEROT y RODRÍGUEZ 2005:70.

pretar tales hechos, necesitamos del lenguaje y de teorías que establezcan el significado o sentido que puede otorgárseles. El positivismo incluyente, en su versión ingenua, considera que la descripción de tales hechos realizada desde sus presupuestos conceptuales y teóricos sirve para confirmar su lectura de la tesis de la separación y para refutar la propuesta por el positivismo excluyente.

Como señala Coleman:

“Por supuesto, nadie niega que la precisión descriptiva constituye una virtud de una teoría. Pero la disputa entre los positivistas excluyentes e incluyentes no puede resolverse sobre bases descriptivas, por la sencilla razón de que no se trata de una disputa descriptiva. Es una disputa interpretativa. Cualquiera teoría del derecho que puede explicar lo que he denominado “sintaxis superficial” de las cláusulas constitucionales que hacen referencia a la moral puede ser una teoría descriptivamente precisa. La cuestión no es si el positivismo excluyente o el incluyente satisfacen este criterio de precisión descriptiva; más bien, la cuestión es cuál enfoque suministra la mejor explicación o interpretación del hecho de que el lenguaje moral aparezca en las cláusulas constitucionales”.<sup>18</sup>

En resumen, aunque tenga sentido presentar el desacuerdo como una disputa que concierne a diferentes interpretaciones de la tesis de la conexión necesaria y sus respectivas negaciones, no es posible hacer una lectura descriptiva de dicha tesis. Por ello, a fin de entender el núcleo del desacuerdo entre el positivismo incluyente y el positivismo excluyente, es necesario interpretar estas dos formas de negación de la tesis de la conexión necesaria como un genuino desacuerdo a nivel conceptual.

Lectura conceptual que nos ofrece Coleman parece mucho más promisoría. Su manera de presentar la tesis de la conexión y sus diferentes versiones, recurriendo a la distinción entre negación interna y negación externa, es sin duda atractiva por su simplicidad. Sin embargo, tal como él la presenta, y sin una aclaración adicional, llevaría a resultados paradójicos. De su reconstrucción de las diferentes tesis, y específicamente a partir de la formulación de la tesis II, parecería que la negación interna de la conexión necesaria implica la negación externa.<sup>19</sup> Si ello fuera así, todo aquél que rechaza el positivismo incluyente estaría comprometido

<sup>18</sup> COLEMAN 2001b:109.

<sup>19</sup> Agradezco la observación de un árbitro que me permitió refinar los alcances de esta reconstrucción. Cabe aclarar que en sentido estricto la negación interna no implica la externa. Dados “N” por necesario, “J” por jurídico y “M” por moral, la negación



igualmente a rechazar el positivismo excluyente, lo que por cierto no es correcto.

El afirmar que no necesariamente es el caso que la validez jurídica dependa del valor moral equivale a decir que es posible que la validez jurídica no dependa del valor moral. Ahora bien, el positivismo incluyente no afirma solamente esto último, porque si sostuviera una tesis tan débil, ella sería efectivamente implicada por lo que sostiene el positivismo excluyente.<sup>20</sup> Lo que afirma un positivista incluyente es que es posible que la validez jurídica no dependa del valor moral y que igualmente es posible que la validez jurídica dependa del valor moral. En esta reformulación, el primer término de la conjunción constituye la proposición contradictoria de la tesis de la conexión necesaria, mientras que el segundo constituye la proposición contradictoria de la tesis que sostiene el positivista excluyente.

Así, es posible diferenciar con claridad las tres posiciones y entenderlas como conjuntamente exhaustivas y mutuamente excluyentes. Un iusnaturalista defiende la *necesaria* conexión entre derecho y moral. Un positivista excluyente sostiene que necesariamente no hay conexión entre derecho y moral, lo que equivaldría a afirmar que es *imposible* que exista una conexión entre derecho y moral. Por su parte, el positivismo incluyente sostendría, no simplemente que es posible que haya casos en los que lo que es derecho no depende de lo que determine la moral, sino también que es posible que haya casos en los que lo que es derecho sí dependa de lo que determine la moral. En otras palabras, que la conexión entre derecho y moral es *contingente*.

En consecuencia, el positivismo incluyente estaría comprometido con una versión de la tesis de la separación que admitiría que, en un cierto sistema jurídico, el valor moral de una norma *pueda* constituir un cri-

---

interna sostiene que  $N(x) (Jx \rightarrow \neg Mx)$ , es decir, afirma que es necesario para todo  $x$  que si  $x$  es jurídico entonces  $x$  no es moral. Ello no implica que sea posible que exista un  $x$  tal que  $x$  sea jurídico y no sea moral porque la clase de lo jurídico podría ser vacía. De todos modos, en este caso, la suposición de que la clase de lo jurídico no es vacía parece más que plausible.

En términos generales, la distinción lógica entre negación interna y negación externa no siempre supone que la primera implique la segunda. Un ejemplo de ello se verifica en la lógica de proposiciones normativas entre los conceptos de permisión positiva y permisión negativa, que resultan, respectivamente, de la negación interna y la negación externa de la proposición que afirma que una conducta se encuentra prohibida en cierto sistema normativo (Cf. ALCHOURRÓN 1969).

<sup>20</sup> Bajo el plausible presupuesto de que la clase de lo jurídico no es vacía, tal como se indicó en la nota anterior.

terio de validez jurídica, dependiendo de lo que establezca de manera contingente su regla de reconocimiento. En cambio, el positivismo excluyente afirmaría que la validez jurídica de una norma no puede depender de consideraciones morales.

Asumiendo, entonces, el carácter conceptual de la tesis de la separación entre derecho y moral, y habiendo precisado los alcances de las diferentes versiones que pueden ofrecerse de ella, es pertinente analizar lo que constituye, en palabras de Bayón, su núcleo más sólido:<sup>21</sup> la idea de que el derecho es un artefacto humano, que está recogida en la tesis de las fuentes sociales del derecho.

### **3. De la tesis de las fuentes sociales a la tesis de la convencionalidad**

La llamada tesis de las fuentes sociales sostiene, en su versión más simple, que la existencia y el contenido del derecho dependen de hechos sociales. Esta tesis, que puede interpretarse como el núcleo central del positivismo, también es susceptible de diferentes lecturas. Los positivistas han diferido respecto de los hechos sociales subyacentes que pueden explicar el derecho y también respecto de la relación entre ellos. Por ejemplo, Austin y algunos realistas explicaban la relación entre el derecho y ciertos hechos sociales bajo la idea de que el primero era reducible a los segundos, ya fueran órdenes respaldados por amenazas y hábitos de obediencia, ya fueran decisiones de los jueces. Después de la publicación de *El Concepto de Derecho* de Hart, se dejaron atrás estas teorías reduccionistas y surgió con fuerza la idea de entender el derecho en términos de supervinencia sobre la práctica: afirmar que una regla superviene a la práctica significaría que toda vez que exista la práctica existirá también la regla, y que cualquier cambio en una implicará un cambio en la otra.<sup>22</sup> Desde este punto de vista, el hecho relevante estaría dado por la existencia de una regla, una convención social: la llamada *regla de reconocimiento*.

En el positivismo posthartiano, se han ofrecido fundamentalmente dos versiones de la tesis de las fuentes sociales. Una de ellas, que llamaré versión fuerte, sostiene que los criterios de legalidad están determinados exclusivamente por sus fuentes sociales (por ejemplo, actos legislativos o judiciales). Ésta es la versión a la que adscriben los partidarios del positivismo excluyente. Por su parte, la versión débil, que corres-

<sup>21</sup> Cf. BAYÓN 2002b.

<sup>22</sup> Cf. COLEMAN 1982 y 2001a. Sobre el concepto de supervinencia véase, entre otros, DAVIDSON 1980; HARE 1952 y 1984; KIM 1993; McLAUGHLIN y BENNETT 2005.

ponde al positivismo incluyente, sostiene que pueden existir criterios de legalidad socialmente contruidos que hacen de la corrección o mérito moral una condición necesaria o suficiente para determinar que algo sea o no derecho. Así, mientras que para el positivismo excluyente qué sea o no derecho depende exclusivamente de hechos sociales, para el positivismo incluyente lo que dependería de hechos sociales sería la existencia de los criterios de identificación del derecho, que a su vez podrían incluir como condición la satisfacción de ciertas pautas o exigencias morales.

Los partidarios del positivismo incluyente reclaman su pertenencia al positivismo sosteniendo que el requisito de dependencia de puros hechos sociales queda cumplimentado con el origen social de los criterios de identificación. De manera que si se acepta que éstas son dos versiones plausibles del positivismo, es dable pensar, como lo hace Coleman, que debe haber una tesis más básica que las cobije a ambas. Esa tesis ha sido denominada *tesis de la convencionalidad*. Según Coleman, tanto los positivistas incluyentes como los excluyentes están comprometidos con la idea de la convencionalidad de los criterios de legalidad, con la idea de que los criterios de legalidad en cualquier comunidad dependen de hechos sociales y no de argumentos morales. La tesis de la convencionalidad sería la pretensión de que el derecho es posible por una convergencia interdependiente de conductas y actitudes, una especie de acuerdo entre individuos expresado en una convención social. Esta característica del derecho, su convencionalidad última, es lo que Coleman considera común a todos los positivistas.<sup>23</sup> No obstante, Coleman distingue entre el carácter convencional que debe tener la regla de reconocimiento y el carácter no convencional que podrían tener los criterios de validez a los que ella remite. Para este autor, la regla de reconocimiento expresa una práctica de las autoridades consistente en tratar a ciertas pautas como criterios de validez jurídica. Lo que negaría el positivista incluyente –y afirmaría el excluyente– sería que existen limitaciones en cuanto a las condiciones de validez que dicha regla puede establecer. En otras palabras, el positivismo incluyente aceptaría que entre esas condiciones pueden incluirse criterios que hagan de los principios morales una condición de la validez jurídica de una norma. Para este punto de vista, lo relevante respecto de la convencionalidad del derecho serían las condiciones de existencia de la regla de reconocimiento y no los criterios de validez que ella establece. El compromiso del positivismo incluyente con la tesis de las fuentes sociales podría ser satisfecho si se la redefine de manera que ella no requie-

<sup>23</sup> Cf. COLEMAN 2001a:103, n. 9.

ra que toda norma tenga una fuente social, sino que sólo se exija que la regla que establece los criterios de validez jurídica sea una regla social.<sup>24</sup>

Es por ello que, como señala Bayón, el positivismo incluyente está comprometido con un tipo de regla de reconocimiento compleja que combine ambos criterios, el sustantivo o de la corrección moral y el de las fuentes. La articulación más generalizada de ambos criterios es la que sostiene que la corrección moral es condición necesaria de la validez jurídica de una norma. Pero, como también afirma Bayón, la pauta de corrección moral puede entenderse de dos maneras: una es la que sostiene que la moral es condición necesaria de la validez de las normas identificadas a través de su fuente, pero es condición suficiente de las pautas morales a las que justamente las normas identificadas por su fuente deben ajustarse para ser válidas. La otra alternativa es que la validez moral no sea en ningún caso condición suficiente de la validez. En este supuesto, sólo pertenecerán al sistema jurídico aquellas pautas morales que tengan una fuente social. Por ejemplo, alguna cláusula constitucional que incluya pautas o términos con contenido moral. Ahora bien, si el positivismo incluyente no quiere colapsar en el positivismo excluyente, la incorporación de un precepto moral en una fuente no podría ser entendida en términos de una moral social, sino de una moral ideal o crítica.<sup>25</sup>

Vistas las cosas así, Bayón considera que toda forma genuina de positivismo incluyente se enfrenta con un dilema. Para decir que esas normas, que formarían parte del derecho en virtud de su contenido, son realmente derecho preexistente y que el recurso a ellas no representa, por tanto, el mero ejercicio de discrecionalidad por parte del aplicador, han de poseer alguna clase de objetividad. Pero, entonces, o se afirma que son objetivas porque su existencia es convencional, esto es, depende de las creencias y actitudes del grupo humano –y en ese caso se produce inevitablemente la identificación con el positivismo excluyente–, o se debe aceptar alguna clase de objetivismo moral.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> Cf. COLEMAN 2001a:127-129.

<sup>25</sup> Ésta es la posición que parece adoptar Coleman cuando sostiene que su interpretación de la tesis de la separación consiste en el rechazo de una relación constitutiva entre el derecho y la moral crítica. Cf. COLEMAN 1982:5 n. 3.

<sup>26</sup> Cf. BAYÓN 2002a:73. En el mismo sentido, véase: MITROPHANOUS 1997 y POZZOLO 1998. Hart sostenía que la teoría jurídica no debería comprometerse con teorías controvertidas acerca de la naturaleza de los juicios morales y debía dejar abierta la cuestión acerca de su estatus. Pero al dejar abierto el problema del carácter objetivo de los juicios morales “...el positivismo suave no puede ser caracterizado simplemente como la teoría en la que los principios y valores morales pueden contarse entre los criterios de validez jurídica. Si permanece abierta la cuestión de si los principios y valo-

Parece claro que un positivista incluyente optaría decididamente por esta segunda alternativa.<sup>27</sup> Sin embargo, según el profesor español, el positivismo incluyente resultaría objetable en virtud de un argumento diferente, que mostraría que se trata de una postura inaceptable incluso si el objetivismo moral resultara correcto.

#### 4. El positivismo incluyente acorralado

El positivismo incluyente, en su búsqueda de un camino intermedio entre el positivismo excluyente y la tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral, no afirma que la validez jurídica sea sólo una función de hechos sociales, pero tampoco afirma que ciertas normas formen parte del derecho sólo en virtud de su valor o corrección moral, porque si afirmase tal cosa debería abandonar su pretensión de ser una forma de convencionalismo.<sup>28</sup> Por lo tanto, según Bayón, para mantener su doble pretensión de ser distinto del positivismo excluyente y seguir siendo fiel a las premisas del convencionalismo, lo que postula es que la validez de una norma jurídica puede depender de ambas cosas. Para ello, requeriría de una convención social compleja que haga depender la validez jurídica de una norma –por lo menos en parte– de su valor o corrección moral o, en otras palabras, de una convención social de seguir criterios no convencionales, esto es, que se aceptan en virtud de su contenido.<sup>29</sup> No obstante, esa idea resultaría inaceptable por razones conceptuales debido a una nueva forma de dilema: o bien resulta indistinguible del positivismo excluyente, o bien no es una postura convencionalista en absoluto. En palabras de Bayón:

“Para que exista una regla convencional es necesaria una práctica social convergente y, por tanto, algún grado de acuerdo. Pero si hay

res morales tienen carácter objetivo, también debe permanecer abierta la cuestión de si las tesis del positivismo suave que propugnan incluir la adecuación a ellos entre los criterios de identificación pueden tener ese efecto o caso contrario pueden sólo constituir directivas a los tribunales de *hacer* derecho de acuerdo a la moral”. HART 1994:254. La traducción me pertenece.

<sup>27</sup> Para un análisis acerca de la compatibilidad del objetivismo moral con el positivismo incluyente, véase MORESO 2002:97-101.

<sup>28</sup> Cf. BAYÓN 2002a:74.

<sup>29</sup> El concepto de convención y convencionalismo que utiliza Bayón debe ser entendido en sentido lato como sinónimo de realidad convencional, como un producto de interacciones humanas y no como una convención en el sentido técnico de Lewis. Véase LEWIS 1969. Para una crítica a la interpretación de la regla de reconocimiento como una convención en el sentido de Lewis, véase CELANO 2003.

acuerdo acerca del contenido de los criterios a los que la presunta convención se remite -y se entiende que la extensión de ese acuerdo define la extensión de la convención-, entonces no es cierto que dichos criterios sean no convencionales; y si dicho acuerdo no existe, entonces no hay práctica social convergente alguna y, por tanto, no hay en realidad regla convencional. En suma, una presunta convención de seguir criterios no convencionales o bien es una convención sólo aparente, o bien su contenido no es en realidad seguir los criterios no convencionales. Así que el incorporacionismo queda expuesto al dilema apuntado: o bien abandona el convencionalismo, o bien acaba siendo indistinguible del positivismo excluyente”.<sup>30</sup>

Esta objeción luce a primera vista devastadora. No obstante, puede que no tenga efectos tan poco esperanzadores para el positivismo incluyente si es que se advierte que gran parte del argumento se construye a partir de una interpretación ambigua de lo que puede entenderse por “convencional” y “no convencional”.

Según Bayón, para que exista una regla convencional se requiere cierto grado de acuerdo, pero si existe ese acuerdo respecto de los criterios a los que la convención remite, y la extensión del acuerdo define la extensión de la convención, tales criterios serían convencionales. Sin embargo, esta afirmación se sustenta en un equívoco, en una confusión entre dos sentidos en los que puede decirse que una regla es “convencional”.

Como es bien conocido, la explicación que ofrece Hart de las reglas, en *El concepto de derecho*, radica básicamente en sostener que, a diferencia de los meros hábitos, las reglas no consisten simplemente en conductas seguidas regularmente por la mayoría de los miembros de un grupo social, sino que además, para poder hablar de su existencia, se requiere de un rasgo adicional: la existencia de una actitud crítica normativa característica frente a tales pautas de conducta, a la que Hart califica como “aceptación”. Esa aceptación sería la disposición de los individuos a adoptar tales pautas de conducta como guías de sus propias acciones y como parámetros de crítica que legitimarían ciertas formas de presión para la conformidad de los demás.

Dworkin sostiene que esta concepción de las reglas propuesta por Hart desconocería una distinción importante: aquélla que mediaría entre consensos por “convención” y consensos por “convicción”.<sup>31</sup> Los primeros se manifestarían en las reglas convencionales que un grupo social acep-

<sup>30</sup> BAYÓN 2002a:75.

<sup>31</sup> Cf. DWORKIN 1977a:111.

ta, en aquellos casos en los que el que todos acepten la regla es lo que constituye la razón para hacer lo que ella dispone. Los segundos, en cambio, se darían cuando existe, en un grupo social, una práctica concurrente, pero los individuos adhieren a la regla por sus convicciones personales (cuando comparten los mismos principios morales, por ejemplo), no porque los demás la sigan. La concepción práctica de las reglas de Hart sólo sería aplicable a las reglas convencionales. Esta objeción fue aceptada por el propio Hart, quien en el *Post scriptum* a la segunda edición de su obra escribe:

“...esto reduce considerablemente el alcance de la teoría práctica, a la que ahora no considero como una explicación razonable de la moral, ni a nivel individual ni a nivel social. No obstante, esta teoría continúa siendo un fiel recuento de las reglas sociales convencionales, que incluyen, además de las costumbres sociales ordinarias –a las que puede o no reconocerse fuerza jurídica–, algunas reglas jurídicas de importancia, incluyendo la regla de reconocimiento, que es, en efecto, una forma de regla de costumbre judicial que existe sólo si es aceptada y practicada en las operaciones de identificación y aplicación del derecho por parte de los jueces. Las reglas jurídicas promulgadas, por el contrario, aun cuando son identificables como reglas jurídicas válidas mediante los criterios suministrados por la regla de reconocimiento, pueden existir como reglas jurídicas desde el momento de su promulgación, antes de que haya surgido la ocasión de practicarlas y la teoría práctica no es aplicable a ellas”.

Lo que me interesa destacar de todo esto es que una cosa es decir que una regla es convencional en el sentido de que su aceptación depende de la existencia de una práctica social compleja, de acuerdo con la cual que cierta persona acepte la regla depende en parte de que otros la acepten y la empleen como pauta de evaluación de la conducta, y otra cosa es decir que una regla es convencional simplemente porque estamos de acuerdo con lo que ella exige. Este segundo sentido, más débil, comprende muchos casos de reglas que no son convencionales en el primer sentido, en el que la regla se acepta por convicción, tal como diría Dworkin. Por ejemplo, puede que en cierto grupo social todos sus miembros estén de acuerdo en que no se debe torturar a un niño. Una regla semejante podría ser calificada como convencional en el sentido débil considerado. Pero claramente éste no sería un caso de regla convencional en el primer sentido: cada uno de los miembros del grupo acepta la regla porque cree que es correcto lo que ella exige, y ello con total independencia de que los demás la acepten o no. La convergencia es aquí accidental, mientras que,

en el caso de una regla convencional en el primer sentido, el acuerdo es un requisito conceptualmente necesario para la existencia de la regla.

De manera que del hecho de que exista acuerdo respecto de los criterios de validez a los que remite una regla de reconocimiento compleja como la que imaginan los positivistas incluyentes no se sigue que esos criterios sean convencionales en el sentido de que su existencia dependa de una práctica social compleja.

Supóngase que existe una moral objetiva y existe una convención según la cual, tal como sostienen los positivistas incluyentes, los criterios de validez jurídica remiten a la conformidad o adecuación con una moral objetiva. De esto no puede seguirse que la moral objetiva sea convencional en el sentido de que depende, para su existencia de una convención, de un acuerdo. Sólo se puede concluir que tenemos una convención que remite a un criterio no convencional, en el sentido de que su existencia es independiente de todo acuerdo. De modo que sostener que el eventual acuerdo sobre lo que la moral objetiva exige la volvería “convencional” es falso, en el sentido fuerte de esta expresión, y sólo trivialmente verdadero, en el sentido débil, por lo que esta primera alternativa del dilema de Bayón no constituye objeción alguna contra el positivismo incluyente.

De todos modos, queda pendiente el análisis de la segunda alternativa que plantea el dilema de Bayón. Si no hay acuerdo respecto de lo que la moral objetiva exige, aun cuando lo haya respecto de que la validez jurídica depende en parte de la conformidad con la moral objetiva, la convención en realidad sería hueca o vacía: no expresaría acuerdo alguno. Bayón recurre en este punto a Rescher, quien sostiene que llegado cierto punto de abstracción las convenciones serían irremediabilmente aparentes.<sup>32</sup> Por consiguiente, el positivismo incluyente colapsaría con el positivismo excluyente o no sería una forma de convencionalismo.

Este argumento basado en el desacuerdo puede rastrearse también en las críticas iniciales de Ronald Dworkin al positivismo hartiano, que luego hizo extensivas al positivismo incluyente. Según ese argumento, es frecuente que los jueces estén en desacuerdo acerca de cuáles son los criterios de validez, las condiciones necesarias y suficientes de aquello que deben reconocer como derecho. Si la regla de reconocimiento es una norma social constituida por el comportamiento común de los miembros de una determinada comunidad, como los jueces y otros funcionarios, entonces la regla de reconocimiento deja de funcionar cuando no hay convergencia. Donde no hay acuerdo no hay criterios de validez convencionales.<sup>33</sup>

<sup>32</sup> Cf. BAYÓN 2002a:74-75. En un sentido similar DWORKIN 2002:1660.

<sup>33</sup> Cf. DWORKIN 1977:102-144.



Para Dworkin, la tesis del positivismo incluyente, que exige entender a la regla de reconocimiento como una regla social pero que puede incorporar principios que impongan criterios sustantivos de validez, debe ser rechazada porque ambos requisitos serían incompatibles. La idea de Dworkin es que los principios morales son en esencia controvertidos. Los jueces pueden estar en desacuerdo acerca de qué principios satisfacen las exigencias impuestas por la moral, y qué es lo que requieren esos principios. Dado que la regla de reconocimiento es una regla social, está en parte constituida por una convergencia de conductas que constituye la condición de existencia de la regla de reconocimiento. Pero esa convergencia sería socavada sin remedio por el desacuerdo que deberá enfrentar cualquier regla que establezca a la moral como condición de validez. Al respecto señala:

“Cuando un grupo de personas está en desacuerdo acerca de qué conducta es exigida o es apropiada, parece extraño afirmar que tienen una convención que decide la cuestión. Supóngase que, en una comunidad donde la gente conduce por la derecha, no existe acuerdo acerca de si los conductores pueden usar el carril izquierdo para sobrepasar. Algunos conductores lo hacen. Pero otros no: esperan hasta que aparezca un tercer carril para ese propósito, y critican a aquéllos que utilizan el carril izquierdo por estar conduciendo de manera indebida. En tal comunidad, al menos de acuerdo con una opinión generalmente aceptada, no existe una convención acerca de las reglas de cortesía para sobrepasar. Coleman, sin embargo, insiste en que los jueces están siguiendo una convención acerca de cómo identificar lo que el derecho exige incluso cuando están en desacuerdo acerca de lo que exige. En consecuencia, enfrenta el desafío de explicar cómo eso es posible”.<sup>34</sup>

Frente a estas objeciones, el positivista incluyente debe mostrar que la divergencia que pueda darse en la regla de reconocimiento no implica la conclusión de Dworkin. Entre los argumentos ensayados para responder a esta crítica, se encuentra el que se sustenta en la distinción entre desacuerdos acerca de los contenidos y desacuerdos acerca de la aplicación, sugerida por Hart y profundizada por Coleman.<sup>35</sup> Se puede estar en desacuerdo acerca del contenido de la convención, es decir, acerca de cuáles son los criterios que establece la convención. Pero en aquellos casos en que haya acuerdo acerca de cuáles sean esos criterios, se puede estar

<sup>34</sup> DWORKIN 2002:1658. La traducción me pertenece.

<sup>35</sup> Cf. HART 1994; COLEMAN 2001a:131-132.

en desacuerdo acerca de si un criterio se aplica a un caso en particular. Los jueces pueden estar de acuerdo en lo que es la regla, pero estar en desacuerdo respecto de lo que requiere. Así, se ha argumentado que:

“Del hecho de que los jueces discrepan acerca de algunas exigencias morales difícilmente pueda seguirse que también discrepan acerca de si la regla que rige su conducta requiere que resuelvan las disputas estableciendo lo que la moral exige. En resumen, cierto desacuerdo acerca de lo que la regla exige no es incompatible con la convencionalidad de la regla”.<sup>36</sup>

En otras palabras, podemos estar de acuerdo en qué es lo que cuenta para determinar si una norma es válida aunque no lo estemos respecto de qué es lo que satisface esas condiciones. Eso no significaría que la convencionalidad exija que todo desacuerdo acerca de la regla de reconocimiento sea mejor caracterizado como un desacuerdo en el nivel de la aplicación, pero sí implicaría rechazar la idea que parece sostener Dworkin de que todo desacuerdo debe ser interpretado como un desacuerdo de contenido. Lo que los jueces no pueden hacer, afirma Coleman, es estar en desacuerdo respecto de cada caso o en la mayoría de ellos, porque eso sí haría ininteligible la idea de que están siguiendo la misma regla.

Sin embargo, Dworkin considera que esta propuesta de Coleman de entender los desacuerdos en torno a la regla como desacuerdos acerca de su aplicación no es satisfactoria.<sup>37</sup> Según él, la estrategia de Coleman consiste en convertir cualquier desacuerdo que un grupo pueda tener respecto de las reglas que lo gobierna en un supuesto desacuerdo acerca de la aplicación de una convención más abstracta. De tal manera, en el caso de los conductores que discuten acerca de cuál es la regla para sobrepasar, en realidad estarían discutiendo acerca de cuál es la correcta aplicación de la convención más abstracta que exige conducir adecuadamente. O, en el caso de los desacuerdos acerca de si una determinada norma jurídica viola la cláusula de igualdad ante la ley, en realidad se estaría discutiendo acerca de la aplicación a casos individuales de una convención más abstracta que establece que las normas injustas son inválidas. Para Dworkin, esta estrategia –que denomina de abstracción– estaría condenada al fracaso y sólo trivializaría al positivismo. Si cualquier desacuerdo acerca de los criterios adecuados para identificar el derecho fuese un desacuerdo acerca de la correcta aplicación de una convención más abs-

<sup>36</sup> COLEMAN 2001b:116. La traducción me pertenece.

<sup>37</sup> Cf. DWORKIN 2002:1659-1661.

tracta, no habría forma de limitar el grado de abstracción. Si, por ejemplo, los jueces sólo estuviesen de acuerdo en última instancia en decidir los casos de una manera “correcta”, entonces –afirma Dworkin– cualquier práctica jurídica podría ser considerada convencional y, peor aún, para una concepción positivista, no habría nada que pueda diferenciar al derecho de otras prácticas, ya que, una vez aceptada esta estrategia, se podría considerar cualquier práctica de la comunidad como fundada en una convención de las mismas características, por ejemplo, que sostenga que las personas deben actuar correctamente.

Sin embargo, los positivistas incluyentes han rechazado expresamente que su posición implique asumir una regla de reconocimiento de esas características. Una regla de reconocimiento que estableciera que la corrección moral constituye una condición necesaria y suficiente de la pertenencia de una norma jurídica al sistema, si bien sería conceptualmente posible, resultaría prácticamente inútil para dar cuenta de nuestras prácticas sociales. Según Coleman, un criterio tal no podría sustentar ninguna práctica jurídica real en ningún conjunto probable de circunstancias empíricas.<sup>38</sup> Una regla de reconocimiento que remitiera a una única norma que nos ordenara que actuemos moralmente sería en efecto vacía en el sentido de que no implicaría ningún cambio respecto de una sociedad sin sistema jurídico.<sup>39</sup> Como señala Bayón, cuando el positivismo incluyente busca dar cuenta de la incorporación de la moral al derecho en la práctica jurídica no está pensando en una regla de reconocimiento simple que afirme que una norma es parte del derecho sólo en virtud de su corrección moral, porque un sistema con una regla de reconocimiento tal sería completamente estático y haría del derecho un sistema normativo completamente trivial.<sup>40</sup> Pero, siendo ello así, en tanto el positivismo incluyente defiende un tipo de regla de reconocimiento compleja que combine el criterio de las fuentes y el de su valor moral, no se vería arrastrado por la espiral de abstracción que denuncia Dworkin.

Ahora bien, si la remisión que efectúa esa regla de reconocimiento compleja, para determinar qué es derecho en una cierta comunidad, fuese una pauta completamente indeterminada, sería correcto que tal convención resultaría meramente aparente o vacía de contenido. Pero aquí resulta crucial otra distinción: la que media entre la falta de acuerdo respecto de lo que exige una regla y su indeterminación. El primero es un

<sup>38</sup> Cf. COLEMAN 2000:183.

<sup>39</sup> Cf. WALUCHOW 2000:79-80.

<sup>40</sup> Cf. BAYÓN 2002a:71 y SHAPIRO 2001:182. En el mismo sentido véase MORESO 2002:109.

problema epistémico; el segundo, según cómo se lo presente, es un problema ontológico o semántico. Si existe acuerdo en que la validez jurídica depende en parte del contenido de la moral objetiva, y no hay acuerdo respecto de qué es lo que exige la moral objetiva, ese desacuerdo provocará que se tengan diferentes *creencias* acerca de cuándo una norma es válida, pero no que los criterios de validez resulten indeterminados o que no exista un criterio unívoco. Habría un criterio unívoco de validez jurídica (la validez jurídica de una norma dependería en parte de su conformidad con la moral objetiva) y una convención de seguir un criterio unívoco (dado que se está presuponiendo que hay objetividad en la moral), sólo que se podrían tener creencias distintas acerca de cuándo una norma satisface esos criterios. Supóngase que nos ponemos de acuerdo en que no beberemos bebidas alcohólicas antes de que caiga el sol. La caída del sol es un hecho objetivo, pese a que podemos estar o no de acuerdo acerca de cuándo acontece. No obstante, si no lo estamos, la convención no es vacía o aparente por el mero hecho de que tengamos discrepancias sobre lo que ella exige. Y ello porque en este caso existe una pauta objetiva de corrección que es independiente de nuestros acuerdos o desacuerdos: incluso podría acontecer que todos estuviésemos de acuerdo en que el sol cae a cierta hora y, no obstante, todos estar equivocados en ello.<sup>41</sup> De manera que si la remisión que postula el positivismo incluyente, para determinar qué es derecho en cierta comunidad, es a una pauta con respecto a la cual no hay acuerdo, de esto no se sigue que no pueda haber una convención genuina y no meramente aparente, siempre que el dominio de la remisión sea objetivo. Si se interpreta que la remisión es a la moral ideal, sólo se requiere asumir alguna forma de objetivismo moral para poder afirmar que el acuerdo es genuino. Por supuesto, puede que discrepemos acerca de lo que la moral exige y, en consecuencia, acerca de qué normas forman parte del sistema jurídico, pero ésa será en todo caso una cuestión epistémica. Si se asume alguna forma de objetivismo moral, el derecho estará determinado.

Existe, con todo, otra objeción que apunta a la distinción entre desacuerdos en el contenido y desacuerdos en la aplicación de la que se vale la tesis del positivismo incluyente. Así, Marmor sostiene que tal distinción es errónea porque se apoya en presuponer la existencia de una separación entre la regla y su aplicación, lo que, según su parecer, sería insostenible. Para Marmor, es la aplicación de la regla lo que constituye su existencia, y si existen discrepancias o dudas en torno a la aplicación

<sup>41</sup> Cf. RODRÍGUEZ 2003:260.

de una convención, ello constituiría un indicio de que tal convención no existe.<sup>42</sup> Pero el propio Bayón muestra que esta posición, que él denomina *convencionalismo superficial*, no quedaría indemne frente al tradicional argumento escéptico respecto del seguimiento de reglas.<sup>43</sup> Si se hace colapsar la regla con el consenso en sus aplicaciones, eso implicaría que el contenido de la regla sólo podría establecerse *a posteriori* de las aplicaciones, con lo que en definitiva las reglas no guiarían la conducta, y nunca habría una genuina aplicación de una regla preexistente sino “un salto a ciegas”.<sup>44</sup>

Es por ello que Bayón se muestra partidario de lo que él denomina *convencionalismo profundo*, según el cual la existencia de un criterio convencional se manifiesta en el acuerdo en torno a ciertos casos paradigmáticos, que se consideran aplicaciones correctas de la regla, que no agotan su extensión. En el convencionalismo profundo, el criterio de corrección no está dado por el acuerdo en torno a las aplicaciones concretas, sino por un “trasfondo de criterios compartidos” que puede existir aun cuando no haya acuerdo respecto de todos los casos de aplicación. De manera que, para Bayón, el convencionalismo puede convivir con algún grado de desacuerdo, en otras palabras, puede convivir con lo que podríamos denominar *convenciones incompletas*, es decir, convenciones que, para existir como tales, exigen sólo un acuerdo respecto de ciertos casos paradigmáticos, sin necesidad de que el acuerdo se extienda respecto del universo completo de los casos de aplicación.

Pero, entonces, cabe preguntarse qué es aquello que, para Bayón, hace que el desacuerdo en torno a lo que exige un criterio no convencional como la moral objetiva transforme a la regla en una convención meramente aparente, mientras que un desacuerdo acerca de lo que exige un conjunto de criterios de corrección compartidos no atenta contra la convencionalidad de una regla. Dicha diferencia se debería a alguna diferencia cualitativa entre ambos desacuerdos, pero, a primera vista al menos, no se aprecia en qué podría fundarse. Creo que en ambos casos estamos frente a desacuerdos de la misma naturaleza y frente a un mismo tipo de convención, que no es aparente, sino genuina, pese a ser incompleta.

De lo expuesto, creo que puede concluirse que el dilema que Bayón presenta al positivismo incluyente es un falso dilema, dado que cada una de sus alternativas se apoya en una falacia de equívoco y, por ello, ninguna supone un obstáculo para la posibilidad conceptual del positivismo

<sup>42</sup> Cf. MARMOR 2001:57-8.

<sup>43</sup> Cf. BAYÓN 2002a:79 n. 79.

<sup>44</sup> KRIPKE 1982:55.

incluyente. Del hecho de que exista acuerdo respecto de los criterios de validez a los que remite una regla de reconocimiento compleja como la que imaginan los positivistas incluyentes no se sigue que esos criterios sean convencionales en el sentido de que su existencia dependa de una práctica social compleja. Y del hecho de que no exista acuerdo respecto de lo que exigen tales criterios tampoco se sigue que la convención a la que apeplan los positivistas incluyentes sea una convención vacía de contenido. En consecuencia, la objeción de inconsistencia teórica en contra del positivismo incluyente debería ser rechazada.

### Bibliografía

- ALCHOURRÓN, C. (1969), "Logic of Norms and Logic of Normative Propositions", en *Logique et Analyse* 12, n° 47, reeditado en Alchourrón C. y Bulygin E., *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 25-49.
- AUSTIN, J. (1832), *The Province of Jurisprudence Determined*, London, John Murray, edición de W.E. Rumble, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.
- BAYÓN, J. C. (2002a), "Derecho, Convencionalismo y Controversia", en P. NAVARRO y C. REDONDO (comp.), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona, Gedisa, pp.57-92.
- (2002b), "El contenido mínimo del positivismo jurídico", en V. ZAPATERO (comp.), *Horizontes de la filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, Alcalá de Henares, Publicaciones de la Universidad de Alcalá, pp. 33-54.
- CELANO, B. (2003), "La regola di riconoscimento é una convenzione?", *Ragion Pratica*, 21, 2003, pp. 347-360.
- COLEMAN, J. (1982), "Negative and Positive Positivism", en *Journal of Legal Studies* 11/1, 139-162, reimpresso en J. COLEMAN, *Markets, Morals and the Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, pp. 3-27.
- (1989), "On the Relationship between Law and Morality", en *Ratio Juris* 2, pp. 66-78.
- (1996), "Authority and Reason", en R. GEORGE (ed.), *The Autonomy of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1996, pp. 287-319.
- (1998), "Second Thoughts and Other First Impressions", en B. BIX (ed.), *Analyzing Law. New Essays in Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, pp. 257-297.
- (2000), "Constraints on the Criteria of Legality", en *Legal Theory* 6, pp. 171-183.

- (2001a), “Incorporationism, Conventionality and the Practical Difference Thesis”, en J. COLEMAN (ed.), *Hart’s Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, pp. 99-148.
- (2001b), *The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press.
- DAVIDSON, D. (1980), “Mental Events”, en D. DAVIDSON (ed.), *Essays on Actions and Events*, Oxford, Clarendon Press, pp. 207-225.
- DWORKIN, R. (1977a), *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, vers. esp. M. Guastavino, *Los derechos en serio*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993.
- (1977b), “No Right Answer?” en P. HACKER y J. RAZ (eds.), *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, pp. 58-84.
- (2002), “Book Review: Thirty Years On. The Practice of Principle: In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory. By J. Coleman. 2001”, 115 *Harvard Law Review*, April 2002, pp. 1655-1688.
- HARE, R. M. (1952), *The Language of Morals*, Oxford, Oxford University Press.
- (1984), “Supervenience”, *Aristotelian Society Supplementary Volume* 58: 1-16.
- HART, H. L. A. (1958), “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review* 71, pp. 593-628.
- (1961), *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, vers. castellana de Genaro Carrió, *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1977.
- (1994), “Postscript”, en *The Concept of Law*, Second Edition, Oxford, Clarendon Press, pp. 238-276.
- KIM, J. L. (1993), *Supervenience and Mind: Selected Philosophical Essays*, Cambridge: Cambridge University Press.
- KRIPKE, S. (1982), *Wittgenstein on Rules and Private Language. An elementary Exposition*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1982, vers. castellana de Tomasini Bassols, *Wittgenstein. Reglas y lenguaje privado*, México, UNAM, 1989.
- LEWIS, D. (1969), *Convention. A Philosophical Study*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press.
- MCLAUGHLIN, B., BENNETT, K. (2005), “Supervenience”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2005 Edition), E. ZALTA (ed.), en <http://plato.stanford.edu/archives/fall2005/entries/supervenience/>.
- MARMOR, A. (2001), “Exclusive Legal Positivism”, en Marmor, A. *Positive Law and Objective values*, Oxford, Clarendon Press, pp. 49-70.



- MITROPHANOUS, E. (1997), "Soft Positivism", en *Oxford Journal of Legal Studies*, 17, 1997, pp. 621-641.
- MORESO, J. J. (2002), "En defensa del positivismo jurídico inclusivo", en P. NAVARRO y C. REDONDO (comp.), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona, Gedisa, pp. 93-116.
- ORUNESU, C., PEROT, P. y RODRÍGUEZ, J. (2005), "Derecho moral y positivismo", en C. ORUNESU, P. PEROT y J. RODRÍGUEZ, *Dinámica de los sistemas constitucionales*, México, Fontamara, pp. 59-90.
- POZZOLO, S. (1988), "Riflessioni su inclusive e soft positivism", en P. COMANDUCCI y R. GUASTINI (ed.) *Analisi e Diritto 1998. Ricerche di Giurisprudenza Analitica*, Giapichelli Editore, pp. 231-244.
- RAZ, J. (1972), "Legal Principles and the Limits of Law", *The Yale Law Journal*, 81, No. 5, pp. 842-854.
- (1979), *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press.
- (1994), "Authority, Law and Morality", en J. RAZ, *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 194-221.
- (1998), "Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison", *Legal Theory*, vol. 4, no. 3, pp. 249-282.
- RODRÍGUEZ, J. (2003), "Derrotabilidad e indeterminación del derecho. Respuesta a Juan Carlos Bayón", publicado en J. C. BAYÓN y J. RODRÍGUEZ, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales. El debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 209-262.
- SHAPIRO, S. (1998), "The difference that rules make", en B. BIX (ed.), *Analyzing Law. New Essays in Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, pp. 33-64.
- (2000), "Law, Morality and The Guidance of Conduct", en *Legal Theory*, vol. 6, pp. 127-170.
- (2001), "On Hart's Way Out", en J. COLEMAN (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 149-192.
- WALUCHOW, W. (1994), *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press.
- (1998), "The Many Faces of Legal Positivism", *University of Toronto Law Journal*, vol. XLVIII, 3, pp. 387-449.
- (2000), "Authority and the Practical Difference Thesis", en *Legal Theory* 6, pp. 45-81.