

Desacuerdos teóricos e interpretación del derecho

Diego M. Papayannis *

Lorena Ramírez Ludeña **

Resumen

En un trabajo relativamente reciente, Giovanni Battista Ratti ha criticado el tratamiento que el problema de los desacuerdos en el derecho ha recibido por parte de los teóricos anglosajones. Asimismo, ha presentado una reconstrucción alternativa del fenómeno según la cual la mayoría de los desacuerdos son ideológicos y no teóricos. En nuestra opinión, del mismo modo en que Ratti se beneficia del instrumental del realismo genovés para clarificar el problema y señalar puntos importantes, también arrastra sus limitaciones, ya que algunas de sus distinciones son cuestionables y le llevan a exagerar injustificadamente el carácter controvertido del derecho. En el marco de una teoría positivista hartiana, argumentamos que la mejor explicación de las controversias jurídicas se basa en reconocer que hay distintos niveles de desacuerdo y que no todos tienen la misma naturaleza.

Palabras clave: Desacuerdos. Interpretación. Positivismo jurídico. Realismo genovés. Inconsistencia e indeterminación del derecho.

Summary

In a relatively recent article, Giovanni Battista Ratti criticized the way the problem of legal disagreements was treated in Anglo-Saxon scholarship. Also, he presented an alternative reconstruction of the phenomenon in which most disagreements are ideological instead of theoretical. In our opinion, Ratti's paper benefits from the conceptual instruments of Genoese legal realism to clarify the

* Investigador "Juan de la Cierva" del grupo de filosofía del derecho, Universidad de Girona. Correo-e: *diegomartin.papayannis@udg.edu*. Con apoyo del proyecto DER2010-21331-C02-02 del Ministerio de Ciencia e Innovación (España).

** Investigadora del grupo de filosofía del derecho, Universidad Pompeu Fabra. Correo-e: *Lorena.ramirez@upf.edu*. Con apoyo del proyecto DER2010-21331-C02-01 del Ministerio de Ciencia e Innovación (España).

Durante la redacción de este artículo hemos discutido intensamente algunos puntos con Jorge L. Rodríguez. Sus objeciones nos han obligado a reformular nuestras ideas y, creemos, han mejorado sustancialmente el argumento. Por ello, le estamos sinceramente agradecidos. Asimismo, agradecemos a Nicola Muffato sus comentarios a un primer borrador de este trabajo.

problem and to point out important matters as much as it drags its shortcomings, given that some of his distinctions are questionable and lead him to unduly exaggerate the controversial character of law. Within the framework of a hartian positivist theory, we argue that the best explanation of legal disagreements is based on noticing that there are different levels of disagreement and that not all of them have the same nature.

Keywords: Disagreements. Interpretation. Legal positivism. Genoese realism. Inconsistency and indeterminacy of law.

1. Introducción: el problema de los desacuerdos

En un trabajo relativamente reciente, Giovanni Battista Ratti ha criticado el tratamiento que el problema de los desacuerdos en el derecho ha recibido por parte de los teóricos anglosajones¹. Asimismo, ha presentado una reconstrucción alternativa del fenómeno, en su opinión, mucho más fructífera. Tanto sus críticas como sus propuestas se apoyan en las tesis centrales del realismo jurídico genovés. Fiel al estilo de esta escuela iusfilosófica, Ratti sugiere que muchas de las perplejidades que motivaron extensos debates en la literatura anglosajona, y también en la continental², desaparecen ni bien se toma nota de algunas distinciones básicas. El trabajo de Ratti supone, sin duda, una aportación fundamental para avanzar en la comprensión del problema. No obstante, creemos que, del mismo modo en que se beneficia del instrumental teórico genovés para clarificar algunos problemas y señalar puntos importantes, también arrastra sus limitaciones. En particular, la imagen que el realismo jurídico genovés ofrece de la práctica jurídica parece un tanto distorsionada, en la medida en que exagera injustificadamente el carácter controvertido del derecho. Esto le lleva a concluir que en toda práctica jurídica existe una indeterminación normativa mucho mayor que la que en general se piensa que existe.

Antes de analizar las tesis de Ratti, expondremos muy brevemente en qué consiste el problema de los desacuerdos en el derecho. La cuestión fue originalmente planteada por Ronald Dworkin como crítica al positivismo jurídico, más precisamente al positivismo jurídico de Herbert Hart. En *The Concept of Law*, Hart sostuvo que en la base de todo sistema jurídico se desarrolla una práctica social que consiste en identificar el derecho del mismo modo. Los funcionarios públicos emplean lo que él denominó una “regla de reconocimiento” para identificar las normas jurídicas que integran el sistema. La teoría de Hart es positivista porque la regla de reconocimiento es una regla social, y ello quiere decir que su existencia depende de la instanciación de ciertos hechos sociales que pueden ser descritos neutralmente.

¹ *Vid.* Ratti 2008.

² *Vid.*, en este sentido, Dworkin 1986: 3 y ss., Bayón 2002, Himma 2002, Shapiro 2007 y 2011: 282 y ss., Leiter 2007, Moreso 2009, Luque 2010, Perot-Rodríguez 2010.

Las reglas sociales están compuestas por un *aspecto externo* y un *aspecto interno*. El primero es la propia regularidad de conducta sin la cual difícilmente afirmaríamos la existencia de una regla social. Para saber si en una determinada comunidad existe una regla social según la cual está prohibido beber alcohol en público los domingos, se requiere que la mayoría de los participantes no beban alcohol en público los domingos. Si todos o la mayoría de los individuos bebiesen alcohol públicamente los domingos, no diríamos que en esa comunidad existe una regla *social* con el contenido que se acaba de mencionar. La regularidad de conducta, sin embargo, no es suficiente para la existencia de la regla. Si en esa comunidad la mayoría de la gente no bebiese alcohol por razones personales (si no les gustase o creyesen que es malo para su salud física o espiritual), aunque nadie bebiese los domingos, no diríamos que hay una regla social que lo prohíbe. Ello muestra que además de la regularidad fáctica es necesario que los individuos adopten una actitud crítico-reflexiva hacia ese patrón de conducta convergente. Deben considerar que no beber alcohol los domingos constituye un estándar público de comportamiento. Ello supone que los individuos entienden que existen razones para adecuar sus propias acciones al contenido de la regla y para criticar las desviaciones del resto de los miembros de la comunidad. Este es el *aspecto interno* de las reglas sociales³.

En el caso de la regla de reconocimiento, su existencia depende, entonces, de que se den dos condiciones: 1) la mayoría de los participantes de la práctica jurídica (que en la teoría hartiana son primordialmente los funcionarios públicos) identifica las normas del sistema aplicando los mismos criterios; y 2) los funcionarios públicos adoptan una actitud crítico-reflexiva hacia la aplicación de los criterios que regularmente se emplean para identificar el derecho; los funcionarios deben considerar que la identificación del derecho siguiendo esos criterios compartidos constituye un estándar público de conducta⁴.

Así, de acuerdo con la tesis hartiana, es conceptualmente necesario que en todo sistema jurídico la identificación de las normas que lo integran se lleve a cabo mediante una práctica convergente de los funcionarios públicos. Ellos deben coincidir, vale la pena insistir, tanto en los criterios de identificación que emplean como en las actitudes que tienen hacia ellos. Pero si esto es así, se pregunta Dworkin, ¿cómo se explican los desacuerdos jurídicos? En principio, cuando los funcionarios públicos tienen opiniones divergentes sobre lo que exige el derecho en un caso particular, parece evidente que identifican las normas cuya juridicidad afirman con criterios distintos. Ello muestra que estos jueces no comparten una *misma actitud* hacia un *mismo modo de validar* las normas del sistema. Entonces, ¿qué explica los debates jurídicos en estos casos? El propio hecho del desacuerdo constituye una prueba irrefutable de que el derecho no establece nada para el caso que se les plantea. Si el derecho requiere de un acuerdo general entre los funcionarios, al no haber convergencia, no hay nada sobre lo que discutir. Para el

³ Vid. Hart 1994: 56 y ss.

⁴ Hart 1994: 100 y ss.

positivismo, el derecho se agota en el acuerdo, por lo que en los llamados “casos difíciles” no puede haber una argumentación genuinamente *jurídica*. Sin embargo, señala Dworkin, los participantes discuten como si hubiese una respuesta correcta también en estos casos⁵.

Dworkin ilustra este punto llamando la atención sobre una serie de casos, ahora famosos en la teoría del derecho. Para nuestros propósitos basta con señalar uno de ellos: *Riggs v. Palmer*⁶. Según la reconstrucción de Dworkin en su libro *Law's Empire*⁷, en este caso los jueces discutían sobre si el derecho exigía que se ejecutase un testamento válidamente otorgado, siendo que el causante había sido asesinado por el heredero. Las normas testamentarias no establecían excepción alguna que impidiese cumplir con lo dispuesto en el testamento. Sin embargo, los jueces discutían si el derecho, correctamente interpretado, establecía esa solución. Ninguno dudaba de que la decisión debía tomarse teniendo en cuenta aquello que el derecho establece. Pero lo que establece el derecho no es pacífico en este caso. Una lectura literal de las normas sucesorias, favorecida por algunos jueces, exigía que el testamento fuese respetado. Otra posición, que terminó prevaleciendo, optó por una lectura según la cual lo que exigen las normas que regulan los testamentos debe determinarse a la luz de las intenciones del legislador. Ambos cánones interpretativos, la literalidad y la intención legislativa, son modos habituales de atribuir significado a los textos jurídicos. Pese a ello, los jueces pensaban que solo una de estas alternativas conducía a la respuesta correcta. La cuestión no se reduce, como supondría un positivista, a decidir si los jueces deben aplicar el derecho tal como es o si deben apartarse de la letra de la ley para lograr un resultado más justo. La discusión se centró, en cambio, en cuál era la interpretación jurídicamente correcta de las normas sucesorias.

Los desacuerdos de este tipo, sostiene Dworkin, son *teóricos*, en contraposición a otra clase de desacuerdos que denomina *empíricos*. Los desacuerdos teóricos se producen cada vez que tiene lugar una discusión sobre los fundamentos del derecho (*grounds of law*), sobre cuáles son las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas, como “en España está prohibido fumar en lugares públicos” o “la persona señalada en el testamento no tiene derecho a heredar si ha atentado contra la vida del causante”. Los desacuerdos empíricos, por su parte, se refieren a si los fundamentos del derecho se han instanciado en un caso particular. Por ejemplo, puede surgir un desacuerdo empírico al intentar determinar si la legislatura aprobó realmente el texto de la ley que prohíbe fumar en lugares públicos. Evidentemente, concluye la objeción, una teoría positivista como la de Hart, que postula que el contenido del derecho depende de la convergencia de criterios y actitudes de los funcionarios, carece de los recursos necesarios para hacer inteligibles los desacuerdos teóricos y solo puede dar cuenta de los

⁵ Dworkin 1986: 5 y ss.

⁶ *Riggs v. Palmer*, 115 N.Y. 506 (1889).

⁷ Dworkin 1986: 15 y ss. Como veremos en el próximo apartado, aquí el análisis del caso difiere de un modo importante del que presentó originalmente en *The Model of Rules I* (1967).

empíricos. El problema es que los desacuerdos teóricos, afirma Dworkin, son un aspecto característico de la práctica jurídica que no puede dejar de ser explicado.

De manera muy resumida, y solo respecto del punto que aquí nos interesa analizar, este es el argumento de Dworkin contra el positivismo jurídico hartiano. A continuación veremos cuáles son las razones por las cuales Ratti considera que la objeción de Dworkin y el debate que siguió, principalmente en la literatura anglosajona, están mal planteados.

2. Desacuerdos teóricos en sentido estricto, desacuerdos interpretativos y desacuerdos decisorios

La primera cuestión sobre la que Ratti llama la atención es la ambigüedad con la que Dworkin, y la literatura anglosajona en general, emplean la expresión “fundamentos del derecho”. En el caso *Riggs v. Palmer*, tal como es tratado por Dworkin en *The Model of Rules I*, por ejemplo, el debate de los jueces no tenía que ver con cuál era la interpretación correcta de la ley testamentaria, sino con la validez jurídica del principio de acuerdo con el cual nadie debe beneficiarse de su propio delito. Quienes sostenían que el derecho negaba la herencia al homicida reconocían la validez jurídica de este principio, mientras que lo contrario ocurría con quienes afirmaban que no había razón para oponerse a la ejecución del testamento. También esta reconstrucción muestra un desacuerdo teórico entre los jueces: desacuerdan sobre cuáles son los fundamentos del derecho, sobre si el principio de que nadie debe beneficiarse de su propio delito era jurídicamente válido (o si los principios en general lo son) y, por lo tanto, sobre su incidencia en la determinación del valor de verdad de las proposiciones jurídicas.

En cambio, el análisis de *Riggs v. Palmer* que Dworkin realiza en *Law's Empire* revela que los jueces están perfectamente de acuerdo en que la ley de testamentos y los precedentes jurisprudenciales son fundamentos del derecho. Los principios jurídicos no son mencionados por Dworkin en esta ocasión. El desacuerdo se produce en un nivel menos profundo, que es el del *significado* de los textos identificados por los jueces. Por ello, sugiere Ratti, deberían distinguirse al menos dos sentidos de “fundamentos del derecho”. En un primer sentido, los fundamentos del derecho son «las posibles *fuentes del derecho* (*i. e.* constituciones, leyes, decisiones judiciales, principios del derecho natural, etc.), mientras que en un segundo sentido denota el *contenido de significado* de tales fuentes»⁸. Esta distinción es importante. Si los jueces desacordasen sobre las fuentes no podría afirmarse que comparten los mismos criterios de validez jurídica y, por lo tanto, que en esa comunidad exista una regla de reconocimiento tal como postula Hart que necesariamente existe en todo sistema jurídico. La presencia

⁸ Ratti 2008: 305-306.

de desacuerdos sobre las fuentes, entonces, constituye un serio problema para el positivismo hartiano. Pero los desacuerdos sobre el contenido o el significado de las fuentes no parecen afectar a los criterios de validez. Todavía el positivismo hartiano podría salvar sus tesis limitando la práctica de identificación del derecho a la identificación de las fuentes jurídicas⁹.

A partir de esta distinción, Ratti establece una nueva dicotomía. Los desacuerdos que versan sobre las teorías que emplean los jueces para identificar las fuentes del derecho son denominados “desacuerdos teóricos en sentido estricto”. Tal como Ratti concibe las fuentes, ellas son «cualquier formulación normativa (es decir, cualquier enunciado reducible, sin pérdida de significado, a un enunciado deóntico) que puede ser utilizado por los órganos judiciales para motivar su decisión». Esta noción de fuentes es suficientemente amplia como para incluir a los textos jurídicos aprobados por el legislador, las costumbres, las normas derivadas (aquellas que son consecuencia lógica de otras normas del sistema), los principios morales y los precedentes judiciales¹⁰.

Los desacuerdos que versan sobre la validez, la ordenación o el uso de los diversos cánones, por su parte, reciben el nombre de “desacuerdos interpretativos”. Estos pueden ser clasificados, a su vez, en desacuerdos “de convalidación” (sobre la validez de los cánones) o “de selección” (sobre el canon interpretativo que debería ser usado al resolver un caso concreto)¹¹.

Con estas categorías en mente, Ratti regresa sobre algunos de los casos señalados por Dworkin. En el caso *Tennessee Valley Authority v. Hill*¹², por ejemplo, se discutió si la ley de especies en peligro de extinción exigía detener la construcción de un dique casi terminado, con los enormes costes que ello suponía, a fin de proteger una especie de pez denominada “Snail darter”, que no tenía ningún valor ecológico o estético. De la lectura de sus votos se desprende que los jueces comparten una misma teoría de las fuentes (todos coinciden en que la ley de especies en peligro de extinción es un fundamento del derecho), y parecen estar de acuerdo también en que la *interpretación literal* y la *intención del legislador* son dos cánones jurídicamente válidos y en que tales cánones justifican soluciones diferentes e incompatibles: detener la construcción y no detenerla (p y $\neg p$). El desacuerdo, entonces, parece reducirse a la solución que cada uno prefiere, de entre aquellas admitidas por el sistema. Este desacuerdo no es teórico en sentido estricto, ni interpretativo. Para esta clase de desacuerdos, conviene emplear una clasificación distinta. Ratti propone hablar en estos casos de «desacuerdos decisorios»¹³. Este tipo de desacuerdos se produce cuando —como normalmente ocurre— el sistema incluye una serie de cánones que no están ordenados jerárquicamente. En ese caso, el intérprete puede emplear cualquiera de los cánones

⁹ *Vid.*, entre otros, Vilajosana 2010: 173-175.

¹⁰ Ratti 2008: 307.

¹¹ Ratti 2008: 307.

¹² *Tennessee Valley Authority v. Hill*, 437 U.S. 153 (1978).

¹³ Ratti 2008: 314.

admisibles jurídicamente. Por ello, los jueces enfrentan únicamente una obligación alternativa de utilizar uno de los cánones válidos, por lo que la elección de cualquiera de ellos satisface la obligación¹⁴.

¿De qué manera pueden resolverse los desacuerdos decisorios? Si tanto p como $\neg p$ son soluciones jurídicamente justificadas, ¿existe algún criterio para considerar que una es mejor que la otra? Así planteada, la cuestión depende de la existencia de un conjunto de valores morales objetivos. Si semejante conjunto no existiese, no habría ninguna razón para sostener que una alternativa es mejor que la otra. Sea cual fuere el caso, observa Ratti, los desacuerdos decisorios derivan necesariamente en una clase de desacuerdos que, a falta de una terminología más adecuada, denomina *ontológicos* (porque se refieren a si existen principios morales objetivos, y en caso afirmativo cuáles son). Así, los desacuerdos que aquí se produzcan podrán versar al menos sobre dos cuestiones: a) la existencia de un conjunto de valores morales objetivos. Esto asume que algunos participantes son objetivistas y otros escépticos en materia moral; b) qué solución de aquellas admitidas por el sistema se adecúa a los principios morales objetivamente válidos y, si acaso, qué principios forman el conjunto de valores objetivo. Esto asume que los participantes son objetivistas en material moral.

Con base en esto, podríamos pensar que Dworkin tal vez tenga razón. Si los desacuerdos decisorios conllevan desacuerdos ontológicos, solo resta que estos últimos puedan ser vistos como desacuerdos respecto de si la moral es una fuente del derecho para que los desacuerdos decisorios sean genuinos desacuerdos teóricos, sobre los fundamentos del derecho¹⁵. Ratti evita esta conclusión argumentando que los desacuerdos decisorios se producen cuando el sistema admite varias soluciones como igualmente justificadas, y se requieren criterios extrajurídicos para elegir una de ellas. Claramente, para los objetivistas este desacuerdo será sobre las *razones morales* que existen para hacer prevalecer una solución jurídica antes que la otra. Para los escépticos, en cambio, el desacuerdo se explica por la hipocresía de los participantes, que ocultan la verdadera naturaleza de su argumentación, o por un error generalizado sobre la existencia de valores objetivos. Independientemente de quién tenga razón, si objetivistas o escépticos, los desacuerdos decisorios no son verdaderos desacuerdos jurídicos, sobre *lo que exige el derecho*. La única diferencia es que para los objetivistas existe un modo correcto de resolver estos desacuerdos decisorios, que consiste en apelar a estándares extrajurídicos, mientras que para los escépticos todo se reduce a una cuestión de preferencias ideológicas.

Hechas estas distinciones, es evidente que desde el punto de vista de Ratti, Dworkin no logra demostrar, al menos con el tipo de casos sobre los que reclama

¹⁴ Asumiendo que los cánones interpretativos son normas hipotéticas dirigidas a los jueces, Ratti reconstruye lógicamente la obligación alternativa del siguiente modo: “ $d \rightarrow O(p \vee q \vee r \vee n\dots)$ ”. Esto se lee “si el juez debe decidir una cuestión jurídica, entonces debe utilizar el canon interpretativo p o el canon q o el canon r o el canon... n ”. *Vid.* Ratti 2008: 315.

¹⁵ Ratti 2008: 316.

la atención de los filósofos del derecho, que el desacuerdo teórico sea un rasgo característico de la práctica jurídica. Al contrario, todos los casos que Dworkin presenta en *Law's Empire* son meros desacuerdos decisorios que, como hemos visto, importan o bien desacuerdos morales (si uno es objetivista) o desacuerdos basados en el error o la hipocresía (si uno es escéptico).

Que la mayoría de los desacuerdos sean decisorios se explica por el hecho de que a menudo los jueces y juristas acuerdan sobre formulaciones normativas, sobre los textos jurídicos, pero no sobre sus significados. Uno de los rasgos más prominentes del derecho moderno es, según Ratti, que «nuestros tribunales supremos o constitucionales acuerdan, *grosso modo*, sobre lo que cuenta como fuente jurídica válida, pero están divididos en diversas facciones (caracterizadas ideológicamente), que sostienen opiniones diferentes e incompatibles en la interpretación de esas mismas fuentes [...] el hecho relevante es que los fundamentos de los ordenamientos jurídicos contemporáneos parecen, salvo un criterio abstracto para determinar su base enunciativa, adolecer de una notable indeterminación»¹⁶.

La imagen del derecho que surge de la reconstrucción teórica de Ratti supone que todos los ordenamientos jurídicos están afectados por un extenso y, como se verá a continuación, inevitable desacuerdo interpretativo. Por esta razón, la inmensa mayoría de los desacuerdos serían morales o ideológicos y no sobre lo que establece el derecho. Asimismo, extremando aun más su argumento, Ratti afirma que su posición «parece basarse en la idea, ciertamente no intuitiva [...] según la cual los sistemas jurídicos son necesariamente incoherentes, ya que siempre contienen una norma sobre interpretación que tiene la forma lógica de una obligación alternativa»¹⁷. Es decir, si los jueces tienen a su disposición un conjunto de cánones interpretativos igualmente válidos, entonces también tienen a su disposición un conjunto de normas jurídicas igualmente válidas pero que conducen a soluciones inconsistentes. Coincidimos con Ratti en que una tesis de estas características, presentada como una *necesidad conceptual*, es seriamente implausible. No obstante, en otro momento, Ratti presenta una versión más débil de esta tesis que hace de la inconsistencia una cuestión contingente. Así, solo si el sistema «[...] contiene una norma que impone una obligación alternativa respecto a la interpretación jurídica tendrá que afrontar problemas de coherencia. Desde el punto de vista de la lógica, en efecto, un sistema que contiene (al menos potencialmente) *p* y *no-p* como soluciones igualmente justificadas, es un sistema incoherente, que admite cualquiera de estas dos opciones como soluciones justificadas para una determinada cuestión jurídica»¹⁸. Como intentaremos mostrar en el apartado 4, existen buenas razones teóricas para descartar la tesis de la indeterminación absoluta del derecho. Además, ninguna versión de la tesis de la inconsistencia es sostenible tal como las presenta Ratti. Pese a todo, aunque

¹⁶ Ratti 2008: 329.

¹⁷ Ratti 2008: 317.

¹⁸ Ratti 2008: 315.

nuestras observaciones en este punto fuesen acertadas, creemos que la explicación de los desacuerdos ofrecida por Ratti no necesita en absoluto de la tesis de la inconsistencia, por lo que podría ser abandonada sin más.

En los próximos apartados presentaremos varias objeciones al argumento de Ratti. En el apartado 3, señalaremos que la distinción entre desacuerdos teóricos en sentido estricto y desacuerdos interpretativos no puede ser sostenida del modo en que lo requiere la teoría de Ratti. El problema general, diremos, deriva de la adopción de una concepción realista del derecho. Una teoría positivista hartiana, por su parte, es inmune a estas críticas. Luego, en el apartado 4, centraremos nuestros esfuerzos en mostrar que la gran indeterminación e inconsistencia que Ratti observa en toda práctica jurídica no es más que una exageración debida a la defensa de tesis básicas muy controvertidas. La indeterminación e inconsistencia son características puramente contingentes y, en última instancia, hacen a la estabilidad de los sistemas jurídicos. Sin un mínimo de estabilidad, explicaremos, difícilmente pueda existir el tipo de práctica normativa que calificáramos como jurídica. En el apartado 5, analizaremos en qué medida el acuerdo es un rasgo necesario de los sistemas jurídicos. Siguiendo la misma línea, argumentaremos que sin un mínimo de acuerdo no es concebible un sistema estable. Finalmente, en el apartado 6, expondremos las líneas generales sobre las cuales debe articularse una explicación positivista de los desacuerdos en el derecho. Nuestra explicación, aunque coincide en parte con la tesis de Ratti, será también más pluralista, ya que rechaza que todo desacuerdo tenga la misma naturaleza y, por lo tanto, que pueda ser explicado del mismo modo.

3. Las fuentes del derecho y la interpretación

Como acabamos de ver, Ratti responde a la objeción de los desacuerdos alegando que Dworkin, y la teoría del derecho anglosajona en general, incurren en una notoria confusión al no distinguir los desacuerdos interpretativos de los desacuerdos sobre las fuentes. Los desacuerdos interpretativos son muy frecuentes en los ordenamientos contemporáneos, en especial si se atiende a que las constituciones modernas incluyen un catálogo de principios fundamentales redactados con una gran vaguedad que expresan valores usualmente en tensión. Pero estos desacuerdos no suponen un problema para un positivista metodológico¹⁹. En la medida en que haya convergencia en las fuentes (luego veremos si esta convergencia además tiene la forma de una regla de reconocimiento o no), las condiciones de existencia de un sistema jurídico están satisfechas.

El argumento parece depender de manera crucial de que la distinción entre desacuerdos teóricos en sentido estricto (es decir, sobre las fuentes) y desacuerdos interpretativos pueda sostenerse. En nuestra opinión, la distinción no es tan clara como lo requiere el argumento, por varias razones.

¹⁹ Ratti 2008: 331.

En primer lugar, Ratti reconoce que entre ambos tipos de desacuerdos pueden establecerse ciertas relaciones. Evidentemente, un desacuerdo sobre las fuentes podría derivar de un desacuerdo interpretativo que surge en relación con una disposición jurídica que regula cuáles son las fuentes del derecho²⁰. El artículo 31 de la Constitución argentina, por ejemplo, establece: «Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859». Este artículo podría generar entre los juristas disputas interpretativas que se traducirán necesariamente en disputas sobre cuáles son las fuentes en el ordenamiento jurídico argentino.

Lo mismo ocurre con el artículo 1206 del Código Civil argentino que, al referirse a la validez de los contratos celebrados en el extranjero, establece: «Exceptuándose del artículo anterior aquellos contratos que fuesen inmorales, y cuyo reconocimiento en la República resultase injurioso a los derechos, intereses o conveniencias del Estado o de sus habitantes». La discusión sobre el significado de la palabra “inmoral” en este contexto, si refiere a la moral positiva, las llamadas buenas costumbres o, por el contrario, a la moral crítica, es en definitiva una discusión sobre las fuentes: ¿deben las fuentes satisfacer los cánones de la moral?

Por otra parte, hay que advertir que un desacuerdo sobre las fuentes, sobre si la moral tiene o no el estatus de fuente jurídica, puede fácilmente derivar en un desacuerdo sobre el canon interpretativo que ha de seleccionarse en un caso concreto. Si la moral recomendase seguir la intención del legislador y reprobese la literalidad, un desacuerdo teórico en sentido estricto referido a si la moral es fuente de derecho impactará directamente en el debate interpretativo, respecto de qué canon debe emplearse.

Todo esto no conmueve en absoluto a Ratti, que es perfectamente consciente de ello. Para Ratti es totalmente *contingente* que un tipo de desacuerdo esté relacionado en un caso concreto con el otro. Todavía es posible distinguir con provecho, diría Ratti, entre desacuerdos teóricos en sentido estricto y desacuerdos interpretativos, aunque en ciertos casos puedan establecerse vínculos entre ellos.

Sin embargo, hay relaciones no señaladas por Ratti entre ambos tipos de desacuerdos que no son contingentes sino *conceptuales*, y ello limitaría considerablemente el propio intento de responder a Dworkin mediante esta estrategia. Recuérdese que la idea de “fuente” es amplia e incluye todo enunciado deóntico susceptible de ser utilizado por los jueces para fundar sus decisiones. En particular, la noción de fuente que emplea Ratti abarca los textos jurídicos, las costum-

²⁰ Ratti 2008: 308.

bres, las normas derivadas, los principios morales y los precedentes judiciales. En nuestra opinión, no todo lo que Ratti incluye en la categoría de las fuentes tiene la misma estructura lógica. Veamos cada caso por separado.

3.1. *Las normas derivadas*

Las normas derivadas son aquellas que pertenecen al sistema porque satisfacen el criterio de deducibilidad. Dicho de otro modo, los sistemas jurídicos están integrados tanto por normas que la autoridad formula expresamente como por normas que son consecuencia lógica de las primeras²¹. Tal como Ratti presenta su clasificación, un desacuerdo sobre normas derivadas, dado que ellas son fuentes, es un desacuerdo teórico en sentido estricto. No obstante, la derivación lógica de la norma N2 a partir de la norma N1 es imposible sin atribuir un significado concreto al enunciado deóntico que expresa N1. Supongamos que el legislador aprueba el texto de una ley, digamos, la disposición D1. Para saber si N2 es “consecuencia lógica” de D1, primero resulta conceptualmente necesario atribuir un significado a D1. Solo después de realizar este paso, puede decirse que D1 expresa la norma N1 y que N1 implica la norma N2. De esta manera, para conocer las normas derivadas se requiere realizar una operación lógica sobre las normas de base, que son el producto de una interpretación, dado que no existen relaciones lógicas entre textos o disposiciones normativas. Ello muestra que la categoría de las fuentes elaborada por Ratti incluye tanto formulaciones no interpretadas (los textos), como normas, que son el resultado de la labor interpretativa. Esto es problemático porque en general un desacuerdo sobre normas derivadas no será un desacuerdo teórico en sentido estricto sino un desacuerdo interpretativo. Si fuesen desacuerdos teóricos en sentido estricto, todavía cabría interpretar las normas derivadas, que sería tanto como interpretar la interpretación (o atribuir un significado al significado de la disposición), lo cual es evidentemente absurdo. Es decir, la propia distinción entre desacuerdos teóricos y desacuerdos interpretativos, trazada por Ratti, asume que las fuentes son enunciados no interpretados, a los cuales, por esta razón, pueden atribuírseles varios significados. Pero, como no es posible interpretar las normas derivadas, en el sentido de que las normas ya son significados de formulaciones normativas a las que no cabe dotar de un ulterior significado, no queda más que concluir que los desacuerdos sobre normas derivadas son en realidad *interpretativos*, y no sobre fuentes como parece entender Ratti.

Podría pensarse que, pese a todo, hay un sentido en que pueden extraerse conclusiones lógicas a partir de ciertos enunciados no interpretados. Imaginemos las siguientes disposiciones:

²¹ Aunque no cuestionaremos esta posición, la tesis según la cual las normas lógicamente derivadas pertenecen a los sistemas jurídicos es controvertida. Para un esclarecedor análisis de este problema puede consultarse Rodríguez 2006.

D1: “todos los ciudadanos nacionales con suficiente madurez intelectual serán aptos para ejercer su voto”, que puede formalizarse como “ $(x) (Cx \rightarrow Ax)$ ”²².

D2: “todos aquellos aptos para ejercer su voto tendrán la obligación de votar en las elecciones generales”, que puede formalizarse como “ $(x) (Ax \rightarrow OVx)$ ”.

Sin duda, e incluso antes de saber qué significa “suficiente madurez intelectual”, “ciudadano nacional” o “aptos para ejercer el voto”, puede concluirse que “todos los ciudadanos nacionales con suficiente madurez intelectual tendrán la obligación de votar en las elecciones generales”, ya que “ $(x) (Cx \rightarrow Ax) \wedge (Ax \rightarrow OVx)$ ” implica “ $(x) (Cx \rightarrow OVx)$ ”. Esta derivación es puramente formal y no requiere ninguna operación interpretativa, sino solo que en ese sistema se acepten las reglas básicas de inferencia.

Este argumento es muy problemático. Nótese que estas operaciones lógicas, entendidas de manera puramente formal, no involucran en sentido estricto *normas* derivadas. No se trata de determinar qué se sigue lógicamente de una norma o de un conjunto de normas. Ello requeriría atribuir un significado concreto a *C*, *A* y *V*. En segundo lugar, esta operación lógica, que se realiza sobre una formalización de supuestas disposiciones no interpretadas, en realidad requiere un nivel de interpretación, aunque muy básico. Ello es así, porque no sería correcto representar la expresión “aptos para ejercer su voto” con la variable “*A*” tanto en D1 como en D2 sin asumir que en ambas disposiciones la expresión tiene *el mismo significado*. Por supuesto, no está dicho de antemano que esto vaya a ser así en todos los casos. Un tribunal podría interpretar que en D2 “aptos para ejercer su voto” refiere solo a quienes conservan su domicilio en el país, es decir, a un subconjunto de los ciudadanos con suficiente madurez intelectual. En este supuesto el sistema estaría integrado por dos normas (no disposiciones):

N1: todos los ciudadanos nacionales con suficiente madurez intelectual serán aptos para ejercer su voto [$(x) (Cx \rightarrow Ax)$].

N2: todos aquellos aptos para ejercer su voto que conserven su domicilio en el país tendrán la obligación de votar en las elecciones generales [$(x) (Dx \rightarrow OVx)$].

A partir de lo cual, ya no es posible derivar:

N3: todos los ciudadanos nacionales con suficiente madurez intelectual tendrán la obligación de votar en las elecciones generales [$(x) (Cx \rightarrow OVx)$].

Es decir, la formalización de D1 y D2, como “ $(x) (Cx \rightarrow Ax)$ ” y “ $(x) (Ax \rightarrow OVx)$ ”, respectivamente, presupone una determinada interpretación,

²² Esto se lee, para todo *x*, si *x* es un *C*, entonces *x* es un *A*.

aunque parcial, de D1 y de D2. Por lo tanto, no es cierto que puedan extraerse consecuencias lógicas formales a partir de disposiciones no interpretadas.

Una vez descartados estos casos, parece claro que concebir un desacuerdo sobre normas derivadas como un desacuerdo teórico en sentido estricto es un error. Para enfatizar el punto, supongamos que fue promulgada una disposición que establece “está prohibido fumar en las instalaciones de la Universidad”. Muchos pensarían que de esto se sigue que existe una norma según la cual está prohibido fumar en las aulas de la Facultad de Derecho, mas ello solo se sigue si uno acepta el canon de la interpretación literal. En caso de que se preguntase si existe una norma que también prohíbe fumar en el aparcamiento de la Facultad de Derecho, podría parecernos que la respuesta queda abierta; pero esta pregunta no tiene una naturaleza distinta que la referida a si está prohibido fumar en las aulas. La respuesta dependerá en ambos casos de qué se entienda por “instalaciones de la Universidad”. Derivar que está prohibido fumar en las aulas o que está prohibido fumar en el aparcamiento de la Facultad de Derecho, a partir de que está prohibido fumar en las instalaciones de la Universidad, siempre requiere que se interprete la disposición para determinar qué norma expresa. Entonces, los desacuerdos sobre los criterios para identificar normas derivadas, serán con frecuencia desacuerdos acerca de los cánones interpretativos, o sobre el modo de atribuir significado en general. Si esto es correcto, un desacuerdo sobre normas derivadas satisface las dos categorías tal como están definidas por Ratti, en tanto es un desacuerdo interpretativo y un desacuerdo sobre los criterios para identificar fuentes. Es un desacuerdo interpretativo porque el significado de las disposiciones de base es uno de los criterios que determinan la identificación de una u otra norma derivada; y es un desacuerdo sobre fuentes, sencillamente porque Ratti incluye las normas derivadas en la categoría de las fuentes. En este punto, si Ratti insistiese en esta tesis, deberá admitir que las cuestiones interpretativas ocupan un lugar central en la identificación de fuentes, y ello mostraría que los desacuerdos teóricos y los interpretativos están necesariamente vinculados en lo que hace a las normas derivadas. Alternativamente, Ratti podría reconocer que las normas derivadas están fuera de la categoría de las fuentes (por lo tanto, respecto de ellas, todo desacuerdo sería interpretativo) o podría reconocer que las fuentes no son enunciados no interpretados, lo que supondría modificar su definición inicial.

Pese a todo lo anterior, tal vez Ratti pueda responder de la siguiente manera. Como dijimos más arriba, la interpretación es solo uno de los elementos que determina la identificación de las normas derivadas. El otro son las reglas de inferencia que se aplican sobre las normas de base. Es decir, para afirmar que N2 se sigue lógicamente de N1 se requiere atribuir un significado a la disposición que expresa N1, digamos D1, y luego aplicar ciertas reglas de inferencia sobre N1 para concluir N2. Los desacuerdos sobre el significado de la disposición D1, son por cierto interpretativos, pero en ningún caso versan sobre las *normas derivadas*, sino sobre las disposiciones de base, sobre si D1 expresa N1 o N1' o N1", etcétera. Los únicos desacuerdos que se refieren propiamente a las normas

derivadas son los relativos a las reglas de inferencia aplicables según el derecho, y estos sí son desacuerdos teóricos en sentido estricto²³.

Esta respuesta no nos resulta convincente. Por un lado, parece que el debate sobre las reglas de inferencia se refiere a las *normas derivadas* del mismo modo en que lo hace un debate sobre la interpretación de las normas de base. Es decir, la discusión puede reconstruirse de muchas maneras. Si el objeto de discrepancia son las normas derivadas, será por ejemplo sobre si N2 o N2' son consecuencia lógica del sistema S1 que incluye distintas normas de base. Esta discusión puede tener no menos de tres causas: a) algunos participantes identifican como consecuencia lógica N2 y otros N2', *porque* interpretan la disposición D1 de manera distinta: los primeros interpretan que expresa N1 y los segundos que expresa N1', asumiendo que por aplicación de las reglas de inferencia que ambos aceptan, N2 se sigue de N1 y N2' se sigue de N1'; b) ambos participantes coinciden en que D1 expresa N1, pero desacuerdan sobre si el conjunto de reglas de inferencia Rinf1 o Rinf2 es aplicable, asumiendo que N2 y N2' se siguen de aplicar sobre N1 las reglas Rinf1 y Rinf2, respectivamente; c) los participantes desacuerdan tanto sobre la interpretación de D1 como sobre las reglas de inferencia que resultan aplicables.

En esta reconstrucción, que distingue el *objeto del desacuerdo* de sus *causas*, la discusión sobre reglas de inferencia, al igual que la discusión interpretativa, tiene una relación mediata respecto de la discusión sobre normas derivadas. Ambos debates son de *segundo orden*, porque son relevantes en la medida en que tienen lugar en el marco de otra disputa relativa a qué consecuencias se siguen de ciertas normas del sistema; y son relevantes porque el resultado en este nivel determina, o debería determinar, el resultado en la discusión principal. Debe quedar claro que en todo caso el objeto de la discusión son las normas derivadas, no las reglas de inferencia, ni la interpretación. Así, sería incorrecto entender que los desacuerdos interpretativos versan sobre las disposiciones y que los desacuerdos sobre reglas de inferencia se refieren a las normas derivadas. Ambos desacuerdos pueden subyacer a la discusión sobre las consecuencias lógicas de ciertas normas de base. Entonces, aunque este análisis muestra que un desacuerdo sobre las reglas de inferencia no es interpretativo, ello no hace que sea teórico en sentido estricto, porque no versa sobre fuentes, sino sobre normas derivadas, que al ser *normas* no son susceptibles de ser interpretadas ulteriormente. Para ser un desacuerdo teórico en sentido estricto, debería versar sobre las fuentes, que son enunciados no interpretados a los cuales es posible atribuir un significado²⁴. Si esto es así, las categorías de Ratti están de todos modos sujetas a la objeción presentada unos párrafos más arriba.

Otra reconstrucción alternativa prescinde de distinguir entre el objeto principal del desacuerdo y sus causas, y centra su atención en las discusiones sub-

²³ Esta posible línea de respuesta nos fue sugerida por Jorge L. Rodríguez.

²⁴ Específicamente afirma Ratti que "los desacuerdos sobre las fuentes son preinterpretativos". Ratti 2008: 308.

yacentes. Entonces, cuando se discute si N2 o N2' son consecuencia lógica del sistema S1, y ello se debe a un problema interpretativo, la discusión *relevante* es sobre si D1 expresa N1 o N1' (asumiendo que estas normas implican N2 y N2', respectivamente). Por otra parte, si el debate sobre N2 y N2' se debe a que los participantes desacuerdan sobre si las reglas Rinf1 o Rinf2 resultan aplicables en el caso, el debate *relevante* será sobre *reglas de inferencia*. Los primeros debates, sobre el significado de D1, son netamente interpretativos. Pero, ¿qué razones tenemos para pensar que los desacuerdos sobre las reglas de inferencia vayan a ser teóricos en sentido estricto? Como se verá en el apartado 3.5, en nuestra opinión el debate es teórico, en un sentido amplio; pero para Ratti debería ser teórico en sentido estricto; y, si llevamos razón, esto no es posible. En primer lugar porque las reglas de inferencia en sí mismas no son fuentes. No tendría sentido pensar que estamos discutiendo sobre cómo identificar una *formulación* de las reglas de inferencia a las cuales pueden atribuirse distintos significados. En segundo lugar, las reglas de inferencia tampoco son los criterios con los cuales se identifican fuentes (enunciados no interpretados), porque no existe una lógica de disposiciones o textos, sino que éstas se aplican sobre proposiciones o sobre normas. Por ello, las reglas de inferencia serán uno de los elementos determinantes para identificar el significado de los textos o las normas. Un desacuerdo sobre estos criterios, entonces, no es un desacuerdo sobre la manera de identificar formulaciones desprovistas de significado, y esto resulta suficiente para negar que se trate de desacuerdos teóricos en sentido estricto.

3.2. La costumbre

El argumento respecto de la costumbre es, en un aspecto, similar al expuesto en el apartado anterior. Debe distinguirse primeramente entre la costumbre como *modo de producción normativa* y como *norma* que resulta de este modo de producción²⁵. Ratti incluye a la costumbre entre las fuentes del derecho, y al definir las fuentes como enunciados deónticos que pueden ser usados por los jueces para fundar sus decisiones, evidentemente se refiere a la costumbre como *norma consuetudinaria*. Un desacuerdo teórico en sentido estricto, entonces, debe referirse a los criterios que los jueces, o los juristas en general, emplean para identificar las normas consuetudinarias. Ello remite necesariamente a una discusión sobre las condiciones de existencia de una norma de costumbre. Pero esto último depende, obviamente, del concepto de costumbre que cada uno emplee. Pierglugi Chiassoni, por ejemplo, ha sostenido que existen diversos conceptos de costumbre, no excluyentes, y que todos son necesarios para explicar adecuadamente el fenómeno social consuetudinario²⁶. Dicho de otro modo, en el de-

²⁵ Para una exposición más completa de los diversos sentidos de “costumbre”, *vid.* Chiassoni 2008: 111.

²⁶ Chiassoni 2008: 141.

recho consuetudinario pueden encontrarse prácticas diversas que requieren de un aparato conceptual complejo y plural para ser explicadas. Más allá de cuáles sean esos diversos conceptos, cada uno de ellos toma como relevantes distintos hechos sociales para afirmar la existencia de una norma consuetudinaria. Es decir, solo podrá afirmarse la existencia de una norma de costumbre de un tipo u otro tras la verificación de ciertos hechos sociales.

Sin entrar en detalles, puede decirse que la existencia de un tipo específico de costumbre requiere un patrón de conducta repetido a lo largo del tiempo y ciertas actitudes de aprobación y desaprobación en el marco de esa práctica. Esto nos recuerda irremediablemente a la noción hartiana de regla social, pero no es de nuestro interés ahondar aquí en el tema. Basta con señalar que la identificación de una norma de costumbre requiere observar cierto patrón de conducta a lo largo del tiempo. Los intérpretes deben primeramente ponerse de acuerdo en una descripción adecuada de la regularidad fáctica. Podrían surgir aquí problemas referidos a cuáles son los aspectos relevantes de la repetición y cuáles son simples hechos casuales. Para ello deberá también observarse la actitud y las creencias de los participantes en la práctica consuetudinaria. El lenguaje normativo que emplean para proferir sus críticas y sus actitudes de aprobación parecen incidir enormemente sobre la descripción correcta del patrón. Del mismo modo, los observadores deben ponerse de acuerdo sobre el objeto de la crítica y la aprobación, con lo cual todo se reduce a un ejercicio interpretativo. En lugar de interpretarse textos, se interpretan ciertos hechos, como hechos sociales, primero, y como hechos que producen una norma social específica en última instancia.

Si el proceso interpretativo necesario para afirmar la existencia de una costumbre se lleva adelante de manera discordante, en el sentido de que los juristas desacuerdan sobre la proposición que afirma la existencia de una norma consuetudinaria, ello puede deberse a que no consideran estar frente al mismo tipo de costumbre, y por ello cada uno señala distintos hechos como relevantes, o a que no comparten una misma interpretación sobre los hechos que observan. Este será un desacuerdo teórico en sentido estricto. Pero si los juristas están de acuerdo en la proposición referida a la existencia de una determinada norma consuetudinaria, es decir, si hay acuerdo en la fuente, entonces, no puede ser el caso que se produzca un desacuerdo interpretativo sobre la norma consuetudinaria. Ello en tanto afirmar la existencia de una norma consuetudinaria ya supone afirmar la existencia de una *norma* y no de un enunciado que todavía debe ser interpretado.

Al igual que ocurre con las normas derivadas, o bien las categorías de Ratti incluyen en las fuentes diversos objetos de naturaleza distinta, lo que imposibilita establecer la distinción entre desacuerdos teóricos en sentido estricto y desacuerdos interpretativos, o bien las costumbres (como normas-producto) no son fuentes del derecho.

3.3. *Los principios morales*

A menudo los jueces y juristas introducen en sus razonamientos jurídicos principios morales. Existen varias lecturas de qué es lo que ocurre cuando esta invocación tiene lugar. Para algunos, los participantes aplican, por razones jurídicas, estándares extrajurídicos, para otros se trata de estándares jurídicos válidos por su contenido y, aun para otros, los jueces y juristas cambian o intentan cambiar el derecho introduciendo nuevas reglas que satisfacen sus preferencias ideológicas o sus intereses.

La diferencia entre las dos primeras alternativas no es relevante para nuestros propósitos. Ya sea que la aplicación de principios morales se deba a que el propio derecho impone la obligación de basar la decisión en la moral crítica, del mismo modo en que a veces ordena basar la decisión en el derecho extranjero, o que la propia práctica jurídica incluya como criterio de validez la adecuación a los principios morales, lo cierto es que si alguna de estas dos explicaciones es correcta ello requiere identificar los principios morales. La única manera de llevar adelante esta identificación es mediante una argumentación moral. Los principios morales no son tales por su origen, ni porque satisfacen algún criterio externo que los agrupe o distinga de otros órdenes normativos. Los principios morales solo pueden ser identificados mediante un argumento sustantivo²⁷.

Pensemos en un principio que generalmente se entiende que organiza la responsabilidad civil: la justicia correctiva. La mera invocación de la justicia correctiva para resolver un caso controvertido no es suficiente. Parece que los participantes deberán refinar un poco esta noción para que tenga poder justificatorio. Así, algunos podrían afirmar que este principio exige eliminar las pérdidas y las ganancias injustas que sufren y obtienen, respectivamente, la víctima y el agente dañador. Otros podrían sostener que se trata de la rectificación de una interacción injusta, y ello se logra restableciendo el equilibrio quebrado entre las partes, por lo que solo la compensación de las pérdidas injustas es suficiente para su satisfacción. Aun otros podrían considerar que este principio ordena imponer la obligación de compensar las pérdidas injustas a quienes son moralmente responsables por ellas. Según el caso, deberá definirse y defenderse una concepción de las pérdidas injustas, de la responsabilidad moral, o de ambas, entre otras cosas, y así sucesivamente. Más allá de cuál sea la formulación correcta del principio, a estas alturas resulta evidente que solo una de ellas constituye el verdadero *principio moral* de justicia correctiva. El principio será la mejor formulación posible, evaluada en términos de la argumentación sustantiva que se ofrece en su apoyo. Si una determinada formulación, digamos JC1, fuese superada por otra cuya defensa sustantiva es más plausible, JC2, entonces, JC1 no es un principio *moral* de ninguna clase. Esto muestra que la identificación de un principio moral exige

²⁷ Dworkin 1977: 40 y ss.

articular una concepción del principio que haga de él la mejor versión que podamos imaginar en el nivel justificatorio.

Si lo anterior es correcto, parece que la obtención del principio moral agota toda interpretación ulterior. No es posible interpretar el principio moral de justicia correctiva, si ya hemos articulado su mejor versión, lo que resulta necesario para considerar que hablamos de un verdadero *principio moral*. Esto muestra nuevamente que los principios morales no pueden ser fuentes en el sentido en que Ratti entiende esta categoría. Una discusión sobre los criterios para identificar los principios morales supone un ejercicio de argumentación moral, en el cual todas las cuestiones de interpretación quedan resueltas. Por ello, si los principios morales son fuentes, como Ratti afirma, y por esta razón puede generarse en torno a ellos un desacuerdo teórico en sentido estricto, nótese que las discusiones interpretativas tienen un lugar preponderante en este estadio, lo cual impide distinguir tajantemente entre desacuerdos teóricos en sentido estricto y desacuerdos interpretativos.

Por otra parte, si la mejor explicación de lo que ocurre cuando se identifican principios morales es que los participantes cambian el derecho introduciendo nuevas reglas que satisfacen sus preferencias ideológicas, entonces, no estamos hablando aquí de *verdaderos* principios morales sino de *pseudoprincipios morales*. Así, todo debate entre jueces y juristas sobre la identificación de principios que en realidad no existen solo puede ser explicado por un profundo error o por la hipocresía de los participantes. Sea cual fuere el caso, al igual que ocurre cuando la discusión se concibe como realmente moral, la identificación del principio incluye toda cuestión interpretativa. Si los jueces acordasen en sus preferencias ideológicas, sería muy extraño que luego de identificar un pseudoprincipio moral se preguntasen cómo deben interpretarlo. Quienes estén en error, entenderán que la identificación misma supuso un argumento sustantivo. En cambio, quienes son hipócritas se negarán a volver a interpretar su interpretación del supuesto principio moral que han identificado.

En conclusión, la identificación de principios morales, en cualquiera de sus versiones (objetivista o escéptica), requiere la superación de toda controversia interpretativa. Y ello muestra que las categorías de Ratti separan artificialmente la identificación y la interpretación: identificar, en estos casos, es interpretar.

3.4. *Los precedentes judiciales y la jurisprudencia*

Las fuentes del derecho, de acuerdo con la reconstrucción de Ratti, también incluyen los precedentes judiciales. Existe una conocida diferencia entre el precedente, más asociado con los sistemas del *Common Law*, y la jurisprudencia, propia de los sistemas continentales. Intentaremos mostrar que en ambos casos, por razones análogas, la inclusión de los precedentes o de la jurisprudencia en la categoría de las fuentes es problemática.

El precedente, en general, hace referencia a la regla que justifica la decisión adoptada en un caso particular, mientras que la jurisprudencia es la regla que resulta de una pluralidad de casos, cada uno con sus similitudes y diferencias. Conviene aquí dejar de lado las cuestiones contingentes de cada sistema, por ejemplo, en los sistemas de precedente, si estos tienen fuerza vinculante vertical (para tribunales inferiores) o también horizontal (para tribunales de igual jerarquía, con la misma o distinta competencia territorial); tampoco consideraremos, en el caso de los sistemas de jurisprudencia, todas las particularidades respecto de si solo un tribunal específico crea jurisprudencia, de cuántas decisiones son necesarias para ello, etcétera²⁸. Nos concentraremos en argumentar que ambos esquemas enfrentan inevitablemente problemas interpretativos, mucho más graves cuando se trata de *jurisprudencia* que de *precedentes*, y ello perjudica, como venimos diciendo, las categorías de Ratti.

En el caso del precedente, la identificación de la regla general que sirvió al tribunal para fundar una decisión en el pasado no puede realizarse mediante meros criterios formales. Incluso si la práctica se restringiese a tomar como vinculantes las decisiones de un determinado tribunal, digamos una Corte Suprema, todavía deberá establecerse cuáles, de todos los hechos señalados en los considerandos, son relevantes para la formulación de la regla. Cada caso cuenta con un gran número de características que podrían ser incluidas en el antecedente de la norma que justifica la decisión, pero, por supuesto, si se incluyeran todas ellas, dejaríamos de pensar que hemos extraído una *regla general*, ya que una norma con un antecedente tan específico difícilmente pueda ser utilizada para fundar casos futuros, en los cuales alguna u otra característica estará ausente. Entonces, identificar la regla requiere un juicio de selección, eminentemente valorativo, sobre qué hechos son relevantes en el caso que constituye el precedente. Asimismo, los fundamentos de la decisión podrían incluir más de una norma y no todas estar explicitadas, tal vez, porque el juez considera obvia su incidencia en el razonamiento²⁹.

Respecto de la jurisprudencia, la situación es mucho más grave. El hecho de que la jurisprudencia esté conformada por una multiplicidad de sentencias nos enfrenta, muchas veces, a la dificultad de determinar cuáles deben analizarse para conocer la regla general. Aunque este no fuera un problema, por ejemplo, porque el sistema contiene una norma que señala qué sentencias deben considerarse, todavía deben superarse las mismas dificultades que tiene la identificación de la regla, no a partir de un caso, como en los sistemas de precedente, sino de muchos casos con hechos diversos. El juicio de relevancia es sustancialmente más complejo. Por otra parte, a menudo, la jurisprudencia es inconsistente. El jurista,

²⁸ Sobre todas estas cuestiones, puede consultarse Taruffo 2007: 87.

²⁹ En este mismo sentido, al analizar los problemas de la identificación de la base axiomática de los sistemas jurídicos, Alchourrón y Bulygin señalan que, en lo relativo a las normas jurisprudenciales, una de las dificultades más serias que enfrenta el jurista consiste en desentrañar la *ratio decidendi*. Vid. Alchourrón y Bulygin 1975: 123-124.

por tanto, si ha de extraer una regla del conjunto de decisiones pasadas, debe eliminar la contradicción, y no siempre cuenta con una guía jurídico-normativa para hacerlo. Ello hace que sus valoraciones tengan un papel preponderante en este proceso³⁰.

Dicho esto, si existe un desacuerdo sobre la identificación del precedente, ello puede deberse a dos razones. La primera es que los participantes no asignen fuerza vinculante a los documentos producidos por los mismos tribunales. Es decir, unos afirman y otros niegan, por ejemplo, que las sentencias de la Corte Suprema sean vinculantes. Es realmente muy improbable que esto ocurra. En ese caso, los participantes tendrían un debate sobre qué tribunal o tribunales tienen la capacidad de producir válidamente precedentes o jurisprudencia. Dado que casi ningún juez o jurista duda en la inmensa mayoría de los casos quién está autorizado por el derecho para producir sentencias con fuerza vinculante, los desacuerdos tendrán normalmente que ver con que las distintas posiciones en el debate expresan *juicios de relevancia* diferentes al extraer la norma. La discusión plasma un desacuerdo sobre cuál es la *lectura correcta* de la decisión que sienta un precedente o de las decisiones que constituyen la jurisprudencia. Existiendo acuerdo al respecto, o solventado el desacuerdo del modo que fuere (normativo o por persuasión), habrá una lectura prevaleciente de la decisión. Esto significa que se habrán realizado todas las operaciones interpretativas sobre las palabras expresadas en las sentencias y todos los juicios de relevancia respecto de los hechos, de modo que ningún tipo de actividad interpretativa posterior tendría sentido.

En conclusión, identificar el precedente o la regla jurisprudencial requiere identificar una *norma*, y ello supone un ejercicio interpretativo y valorativo que niega la posibilidad de realizar una interpretación ulterior del precedente o de la jurisprudencia. Esto, por supuesto, no ignora que muchas veces los tribunales o los abogados reinterpretan las sentencias y, como resultado, cambian la regla general. Las interpretaciones suelen variar con el tiempo, pero ello no hace que sea posible interpretar la jurisprudencia, que en sí misma es una norma general. A riesgo de ser reiterativos, debe señalarse que si esto es correcto, en los desacuerdos sobre fuentes tienen intervención directa los argumentos interpretativos, y ello, una vez más, atenta contra la distinción de Ratti entre desacuerdos teóricos en sentido estricto y desacuerdos interpretativos.

3.5. *Desacuerdos teóricos en sentido amplio*

Del análisis precedente surge que Ratti puede escapar a la objeción si excluye de la noción de fuentes tanto las normas derivadas, como la costumbre, los principios morales y la jurisprudencia. La única categoría que queda al margen de la crítica es la legislación. Esto, sin embargo, parece implausible, porque cualquier jurista sabe que la costumbre y la jurisprudencia, al menos, son fuentes del

³⁰ Vid. Taruffo 2007: 90.

derecho. Esta impresión se debe a que la palabra “fuentes” es empleada en dos sentidos distintos. Evidentemente, la costumbre y la jurisprudencia son fuentes del derecho, entendiéndose por ello que las prácticas consuetudinarias y la labor de los tribunales son generadoras de normas. Tenemos, entonces, fuentes como proceso de creación, y fuentes como producto. Ningún jurista excluiría conceptualmente la jurisprudencia o la costumbre de las fuentes del derecho, en tanto *fuentes-proceso*. Pero Ratti habla de *fuentes-producto*³¹, y asume que el producto está dado por enunciados deónticos no interpretados. Ello solo es verdad de los textos jurídicos en general, pero no de las normas de costumbre, de los principios morales, de las normas derivadas, ni de las normas jurisprudenciales. En cualquiera de estos casos, el producto son normas, lo que hace conceptualmente imposible la atribución ulterior de significados.

Por esta razón, resulta muy dudoso que la falta de distinción entre desacuerdos teóricos en sentido estricto y desacuerdos interpretativos se deba a una profunda confusión en la teoría del derecho anglosajona³². Más bien, parece que la propia distinción, aunque importante para comprender las *causas* de los desacuerdos teóricos, es irrelevante a efectos del análisis del problema. Recordemos que el planteamiento original de Dworkin consistía en distinguir desacuerdos fácticos de otro tipo de desacuerdos que él llama teóricos, podemos ahora agregar, *en sentido amplio*. Un desacuerdo teórico en sentido amplio es todo desacuerdo sobre las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas. ¿Qué determina la verdad de una proposición acerca del derecho? Indudablemente, para un convencionalista, debe existir acuerdo entre los funcionarios públicos respecto de que ciertas fuentes-proceso son generadoras de derecho válido. Así, debe existir acuerdo en que la ley, con carácter general, es una fuente del derecho para afirmar que la promulgación de una ley en concreto contribuye a las condiciones de verdad de la proposición. Pero el acuerdo en que la ley es relevante es insuficiente. Debe existir, además, algún acuerdo relativo a cómo interpretar el texto de la ley. Un desacuerdo sobre la verdad de la proposición según la cual está prohibido fumar en el aparcamiento de la Facultad de Derecho puede tener su *causa* en un desacuerdo respecto de si la ley es fuente de derecho o en un desacuerdo acerca de cómo debe interpretarse el texto de la ley o, en el ejemplo puntual que ya hemos utilizado, en si dada una interpretación del texto, las reglas de inferencia permiten extraer la consecuencia lógica de que está prohibido fumar en el aparcamiento de la Facultad de Derecho. Un desacuerdo en cualquiera de estos niveles supondrá que no hay convención y, por lo tanto, que el derecho no está determinado. Este es el desafío de Dworkin al positivismo hartiano y, en nuestra opinión, está correctamente encuadrado.

³¹ Salvo en pocas ocasiones en las cuales Ratti parece no advertir la ambigüedad *proceso-producto*. Vid., por ejemplo, Ratti 2008: 306.

³² Afirma Ratti que “la confusión presente en el debate anglosajón nace del hecho de que ambos tipos de desacuerdo pueden ser concebidos, en algún sentido, como desacuerdos “teóricos”. Vid. Ratti 2008: 308.

La diferencia entre la reconstrucción hartiana del fenómeno y la realista es que, para la primera, en la base de todo sistema jurídico hay una práctica de identificación de normas llevada adelante por los funcionarios públicos. En cambio, la visión realista requiere únicamente cierto acuerdo superficial sobre los enunciados deónticos no interpretados, es decir, sobre las fuentes. Los desacuerdos interpretativos no son un problema grave para los realistas, ya que usualmente tendrán que ver con que los participantes en el debate apoyan uno u otro canon (o una u otra ordenación de cánones) en función de la solución que prefieren obtener. Por ello, la gran mayoría de los desacuerdos, en última instancia, no serán jurídicos sino ideológicos o axiológicos. Para un positivista hartiano, la cuestión no debería ser tan sencilla. Un desacuerdo interpretativo impacta directamente sobre la práctica de identificación de normas. En este sentido, un hartiano debería admitir que las convenciones interpretativas son parte, o acompañan necesariamente, a la regla de reconocimiento³³. Entonces, todo desacuerdo profundo sobre las técnicas interpretativas correctas deja constancia de la ausencia de convención y, por consiguiente, de la falta de solución jurídica para el caso.

Siendo ello así, parece que no hemos hecho más que exponer la fragilidad de una concepción positivista articulada sobre la base del acuerdo o la convención. A fin de cuentas, si Ratti lleva razón y los desacuerdos interpretativos son necesarios y numerosos (porque todo sistema jurídico incluye una norma sobre interpretación con la forma lógica de una obligación alternativa), el positivismo hartiano que requiere un amplio acuerdo queda gravemente debilitado. Otras teorías como la de Dworkin, ante la amenaza de la indeterminación pueden responder que los desacuerdos no afectan en absoluto la existencia de una respuesta correcta, puesto que el derecho no depende de convenciones ni de acuerdos explícitos o implícitos. Los realistas, por su parte, no consideran que la indeterminación sea una amenaza; al contrario, es un hecho usualmente encubierto por razones ideológicas sobre el cual debe ponerse la mayor atención. En este contexto, una teoría hartiana parece quedar atrapada entre la tesis de la respuesta correcta, que supone llanamente el abandono del positivismo, y la tesis realista, que reconoce que necesariamente el derecho está indeterminado. ¿Es posible una vía intermedia entre el gnoscitivismo dworkiniano y el escepticismo realista?

4. Interpretación, indeterminación e incoherencia de los sistemas jurídicos

4.1. *La tesis de la indeterminación absoluta*

La tesis de la indeterminación absoluta admite dos formulaciones distintas. La primera es la más radical, y sostiene que todo sistema jurídico está necesariamente indeterminado. La segunda, un poco más moderada, considera que los

³³ Este parece ser el argumento sugerido por Bayón 2002: 63.

sistemas jurídicos contemporáneos sufren de una seria indeterminación, pero que ésta es una característica contingente de las prácticas jurídicas.

Ratti en algunos momentos parece adherirse a la primera versión, pero luego su discurso se acerca más a la segunda. La primera versión, que en nuestra opinión es claramente insostenible, se basaría en el hecho de que los sistemas jurídicos «siempre contienen una norma sobre la interpretación que tiene la forma lógica de una obligación alternativa»³⁴. Seguramente, esta afirmación se deba a un mero exceso retórico que no se condice con el verdadero pensamiento de Ratti. Dado que las normas sobre interpretación dependen de cómo se desarrolle la práctica, la existencia de una norma como ésta debe ser puramente contingente. Una determinada práctica jurídica podría admitir un solo canon interpretativo dado, supongamos, por el sentido ordinario de las palabras, en cuyo caso los jueces no enfrentarían un abanico de posibilidades al interpretar las disposiciones jurídicas.

Mucho más interesante es la segunda versión, de acuerdo con la cual los jueces y juristas cuentan *normalmente* con distintas técnicas de interpretación admitidas —distintos cánones, como el literal, la intención del legislador, el canon teleológico, etcétera— que conducen a soluciones normativas diferentes y muchas veces incompatibles. Por esta razón se dice que usualmente el derecho está indeterminado, ya que todo depende de la interpretación que los jueces terminen eligiendo. Este fenómeno es más notorio aún en los sistemas modernos, que se caracterizan por incluir en el nivel de las normas constitucionales un catálogo de principios y valores con contornos más bien difusos, y que dan lugar a interpretaciones a menudo en tensión. En estas circunstancias el intérprete siempre tendrá la posibilidad de atribuir un amplio conjunto de significados a los textos jurídicos. Así, la indeterminación en los principios más fundamentales del sistema se proyecta, por razones lógicas argumenta Ratti, sobre todo el contenido del ordenamiento³⁵. La presencia de estos principios aumenta por tanto de manera sustancial la probabilidad de desacuerdos interpretativos. Esta segunda versión de la tesis de la indeterminación otorga a los desacuerdos un lugar central: aunque contingente, el desacuerdo interpretativo está invariablemente presente en los ordenamientos modernos. Como consecuencia de esto, los jueces cuentan con una enorme discreción al momento de tomar sus decisiones.

La primera cuestión que debe notarse es la siguiente: la existencia de diversos cánones interpretativos, o de principios a la luz de los cuales puede realizarse una “lectura constitucional” de los textos jurídicos, no garantiza que el intérprete vaya siempre a enfrentarse con distintas soluciones entre las cuales podrá optar según sus preferencias. Ello es así porque los distintos cánones *vigentes en esa comunidad* pueden perfectamente conducir a la misma solución³⁶. Esto es conceptualmente posible, por lo que es falso que la existencia de más de un

³⁴ Ratti 2008: 317.

³⁵ Ratti 2008: 326-330 y 331.

³⁶ Vid. Moreso 1997: 222.

canon interpretativo suponga que el sistema incluye potencialmente más de una respuesta normativa para cada caso que se presenta.

En segundo lugar, es cierto que es un hecho difícilmente controvertible que en los sistemas jurídicos actuales existen múltiples instrumentos interpretativos y que, como afirma Ratti, las convenciones interpretativas son cambiantes³⁷. Sin embargo, esto no impide reconocer que, desde una perspectiva sincrónica, la primera lectura de los textos aprobados por el legislador sugiere a los intérpretes que determinados supuestos están regulados de modo no problemático. Ello seguramente se deba a que el lenguaje jurídico es parasitario del lenguaje ordinario³⁸. Es decir, el mero hecho de que en la interpretación jurídica a veces resulte aplicable un conjunto de cánones, no permite concluir que los jueces vayan a contar siempre con un amplio margen de discreción. Así, admitir la vigencia de múltiples instrumentos jurídicos, que su vigencia depende de la práctica del conjunto de los intérpretes y que, por ello, pueden variar con el tiempo, no impide sostener que, con respecto a cada *juez individual*, y desde una *perspectiva sincrónica*, hay enunciados interpretativos no controvertidos³⁹.

Para una posición intermedia, como la que estamos exponiendo, enfatizar que siempre existe un marco de interpretaciones posibles, dentro del cual el juez tiene discreción, no es más que una distorsión de la realidad jurídica. Supone exagerar indebidamente el carácter controvertido de algunos casos que son resueltos en atención a los diferentes instrumentos interpretativos. Centrarse solo en aquellos casos en los cuales las disposiciones *potencialmente* expresan una multiplicidad de normas nos hace perder de vista que hay un gran número de supuestos regulados que no suscitan dudas. Y, precisamente, no suscitan dudas porque hay una caracterización de la norma expresada por la disposición que no es problemática, sin la cual dejaríamos de reconocer que el derecho es un instrumento capaz, en alguna medida al menos, de *guiar la conducta*.

³⁷ Ratti 2008: 326-327.

³⁸ Ello no nos compromete, sin embargo, con que al captar el significado de las disposiciones jurídicas solo el lenguaje ordinario sea determinante. De hecho, el propio Hart (1980: 6), principal exponente de una teoría intermedia, niega que el significado ordinario determine siempre el contenido de las disposiciones. De acuerdo con su posición, si bien el derecho tiene como objetivo regular la conducta y se sirve de términos generales propios del lenguaje ordinario, elementos como el propósito del legislador pueden desempeñar un papel fundamental en la identificación de las normas. No obstante, cuando resulta necesario el ejercicio de una actividad conscientemente interpretativa, el lenguaje ordinario siempre desempeña un papel fundamental, ya que interviene en todo juicio interpretativo, conformado por la determinación de qué cánones están disponibles, cuál es el resultado de cada canon o instrumento y, finalmente, la decisión sobre qué canon vaya a utilizarse. Establecer que según el canon “teleológico” la disposición D1 expresa la norma N1, y que según el canon “intención del legislador” expresa la norma N2, requiere un entendimiento que solo puede estar mediado por el lenguaje ordinario.

³⁹ *Vid.* Ferrer Beltrán (2010: 152 y ss.) para la distinción entre las perspectivas individual y de la comunidad interpretativa, por una parte, y las perspectivas sincrónica y diacrónica, por la otra. El autor emplea estas distinciones a fin de defender una concepción realista, que denomina «realismo jurídico moderado». Evidentemente, como apunta Ferrer Beltrán, determinar la comunidad de referencia supone dificultades, pero basta con que el patrón de corrección no dependa de cada intérprete para que el argumento funcione (Ferrer Beltrán 2010: 153, n. 5).

Imaginemos que se introduce una regulación que prohíbe la entrada de animales en el metro de Barcelona. Evidentemente, pueden surgir dudas respecto de determinados casos fruto de la consideración, por ejemplo, de cuál es el propósito que subyace a la regla. Pero podría afirmarse que la proposición según la cual se prohíbe transportar gatos dentro del metro de Barcelona es verdadera, aunque puedan generarse dudas con respecto a casos marginales como el acceso de los gatos disecados. La introducción de la normativa ya hace una diferencia práctica con respecto a numerosos supuestos. En todos los casos de gatos (como mascota ordinaria no disecada) difícilmente pueda haber desacuerdos, y por ello los jueces carecen de discreción. O, en términos más próximos a las posiciones realistas, es innegable que la introducción de esta disposición nos permite predecir cómo se justificará la resolución de un gran número de casos. Asumir que, dado que hay determinados supuestos dudosos, el juez cuenta con una serie de normas entre las que escoger es proyectar sobre el fenómeno un nivel de controversia mucho mayor que el que en realidad existe.

Probablemente, la descripción más adecuada de la situación sea que el lenguaje ordinario desempeña un papel fundamental en nuestra comprensión de lo expresado por las disposiciones y, en muchos supuestos, la solución que viene dada por atender al lenguaje ordinario no puede ser controvertida apelando a otros instrumentos, ya sea porque, como dijimos, todos conducen a la misma solución, o porque la interpretación vigente en la práctica de los juristas resiste el intento de reinterpretar las fuentes⁴⁰. Esto supone que, aunque existiera una obligación alternativa genérica de interpretar el derecho con el canon *p, q, r* o *n*, pueden desarrollarse prácticas concretas de interpretar ciertas disposiciones mediante un canon específico o un subconjunto más reducido de cánones, o en ese ámbito puede existir una prelación de cánones, etcétera; ninguna de estas alternativas puede ser descartada de antemano, y todas llevarían a que el derecho está determinado pese a la existencia de una obligación alternativa genérica de interpretar aplicando una disyunción de cánones⁴¹.

La tercera cuestión que deseamos destacar está íntimamente relacionada con lo expresado en los dos últimos párrafos y es que la reconstrucción realista ignora el rol que cumplen las disposiciones y las normas en la práctica habitual. Una vez captada la norma, ningún juez o abogado vuelve a leer el texto del Código Procesal Civil para saber cómo se computan los plazos para responder a la de-

⁴⁰ También es probable que la reconstrucción más plausible de lo que ocurre sea que hay una forma de captar una regla que no es una interpretación, sino que se muestra en el acto de obedecerla, en las explicaciones y justificaciones que ofrecemos invocando la regla. En otras palabras, hay una conexión interna entre las reglas y los actos que se manifiesta en la práctica de adoptar la regla como estándar de corrección. *Vid.* Marmor 2005: 9 y ss. En cualquier caso, como se apuntó anteriormente, afirmar que hay un núcleo claro de significado que comprendemos no tiene que comprometernos con que el sentido literal es lo único importante, porque una determinada formulación puede parecer clara en atención al propósito de la norma. La comprensión, que deriva en última instancia del acuerdo en nuestras *formas de vida*, se muestra en los actos de seguimiento de la regla (Wittgenstein 2008: sec. 241).

⁴¹ Estos argumentos fueron presentados en Ramírez Ludeña 2012.

manda o el Código Penal para saber si se prohíbe categóricamente el aborto o no. Si la práctica estuviese tan indeterminada como piensan los realistas siempre sería necesario volver a identificar y luego interpretar los textos jurídicos. Pero ello no ocurre así. Los jueces y abogados hacen uso directamente de significados que van incorporando al aprender su oficio. Solo en casos controvertidos vuelven a revisar los textos, y aplican sus habilidades interpretativas en busca de un argumento que incline la balanza a su favor. El gran acuerdo existente en la gran mayoría de las cuestiones se explica también por un principio de economía en el ejercicio de la profesión jurídica. Ya sean abogados o jueces, en la inmensa mayoría de los casos se minimizan esfuerzos argumentativos adhiriéndose a las interpretaciones vigentes. Sería descabellado pensar que los jueces tienen un interés en todos los casos que se les presentan. Incluso sería descabellado pensar que los jueces llevan adelante un control detallado de todo lo que ocurre en el expediente. Parece más cercano a la realidad asumir que principalmente controlan que los proyectos de sentencias que preparan otros funcionarios judiciales no se aparten significativamente de la interpretación estándar en la materia. Los abogados saben esto, y por ello descartan muchos argumentos que, aunque conduzcan a soluciones más razonables, justas o persuasivas, se apartan de la interpretación estándar de los textos jurídicos. Insistir en interpretaciones radicalmente distintas de las aceptadas por la comunidad jurídica suele implicar unos costes no compensados por la expectativa de obtener una improbable sentencia favorable.

La cuarta, y última, cuestión que nos gustaría señalar es que la concepción realista de la interpretación no da sentido a un aspecto fundamental de los sistemas jurídicos. El derecho no puede basarse solamente en una mera convergencia relativa a la identificación de textos, prescindiendo de toda actitud crítico-reflexiva respecto de ciertos modos admisibles de otorgarles un contenido. Imaginemos que un juez considera que el Código Civil español es parte del derecho español, pero entiende que su texto debe ser interpretado empleando un programa informático que asigna significados al azar. Supongamos que otro juez considera que su contenido está determinado por lo que su hijo de diez años dice que expresa. Finalmente, un tercer juez entiende que el contenido del Código Civil depende del lenguaje ordinario. ¿Diríamos que hay un acuerdo entre los diferentes individuos acerca de que el *Código Civil* es parte del derecho si no hay un acuerdo básico sobre lo que expresa? Si cada uno, siguiendo su propio criterio, sostiene una interpretación radicalmente diferente de la de los demás respecto de lo que establece el Código Civil, parecería que invocar el Código Civil se torna algo superfluo. Dicho en otros términos, si la actividad interpretativa no es constitutiva de la actividad jurídica, la convergencia en las fuentes podría producir los mismos resultados que su ausencia (un total desacuerdo sobre qué normas son válidas), con lo cual la existencia de la fuente sería conceptualmente irrelevante⁴².

⁴² Esta idea es sugerida en Papayannis 2010.

En definitiva, existen muchas razones para pensar que la notable indeterminación que los realistas ven en el derecho es más el producto de sus estipulaciones teóricas que un reflejo de lo que ocurre en la práctica cotidiana.

4.2. *La tesis de la inconsistencia del derecho*

La tesis de inconsistencia del derecho también puede presentarse de dos maneras. La primera versión sostiene que todo sistema jurídico es necesariamente inconsistente. Ratti fundamenta esta tesis afirmando que «los sistemas jurídicos siempre contienen una norma sobre la interpretación que tiene la forma lógica de una obligación alternativa»⁴³. Como vimos, el juez cumple con su obligación aplicando uno de los cánones admitidos, pero no tiene la obligación de aplicar ninguno en particular. Por ello, los cánones pondrán a su disposición —así prosigue el argumento— un conjunto de soluciones diversas. Si el sistema obliga al juez a aplicar el canon “intención del legislador” o el canon “tenor literal”, y estos conducen a las soluciones jurídicas p y $\neg p$, respectivamente, entonces, el sistema enfrenta problemas de coherencia porque considera cualquiera de estas respuestas como igualmente justificadas.

El problema que vemos en esta versión fuerte surge de lo expresado en el apartado anterior. En primer lugar, es contingente que existan varios cánones interpretativos en una comunidad jurídica. Incluso cuando exista la obligación genérica de aplicar una disyunción de cánones, nada garantiza que ellos vayan a conducir a soluciones incompatibles como p y $\neg p$, o que respecto de un área del derecho o de una disposición específica la obligación alternativa genérica no sea reemplazada por un modo de interpretación en concreto. La versión fuerte de esta tesis no solo parece implausible, sino carente de fundamento.

Una versión débil de la tesis de la inconsistencia del derecho, por su parte, señalaría que *cuando* varios cánones que conducen a soluciones incompatibles como p y $\neg p$ resultan aplicables, entonces, el sistema es incoherente. Aunque la conjunción de estas dos circunstancias es completamente contingente, estas situaciones se dan con mucha frecuencia. La tesis, en definitiva, no sería que los sistemas jurídicos son necesariamente incoherentes sino que usualmente lo son.

Esta versión de la tesis también nos parece infundada. Conforme a la noción estándar, un sistema es incoherente si correlaciona el mismo caso genérico con dos o más soluciones lógicamente incompatibles⁴⁴. Por lo tanto, las normas N1 y N2 son incompatibles solo si ambas regulan el mismo supuesto de hecho —por ejemplo, C—, pero establecen consecuencias normativas diferentes e incongruentes en términos lógicos. Veamos el sistema formado por las dos normas siguientes:

N1: “C \rightarrow Php”

N2: “C \rightarrow Op”

⁴³ Ratti 2008: 317.

⁴⁴ Esta es la conocida noción de antinomia expuesta en Alchourrón y Bulygin 1975: 101.

El sistema formado por N1 y N2 es incoherente, porque el caso C está correlacionado tanto con la prohibición de p , como con la obligación de p , y ambos estados del mundo p y $\neg p$ son imposibles de realizar a la vez. Si se verifican las circunstancias C, todo individuo sujeto a estas dos normas tendrá una duda práctica sobre qué conducta debe realizar. El cumplimiento de la primera norma supone el incumplimiento de la segunda, y viceversa⁴⁵. La incoherencia del sistema se debe, para decirlo brevemente, a que la conducta p , en el caso C, recibe dos calificaciones deónticas lógicamente incompatibles como Ph y O:

$$C \rightarrow Php \wedge Op$$

Entonces, puede afirmarse que un sistema enfrenta problemas de coherencia sí, y solo sí, un caso (C) está correlacionado con más de una solución normativa (S1, S2, Sn...), siendo que las distintas soluciones son incompatibles:

$$C \rightarrow S1 \wedge S2 \wedge Sn...$$

Si esta es la noción relevante de antinomia, cuesta entender cómo Ratti puede pensar que una norma que establezca la obligación para los jueces de aplicar en un cierto caso el canon p o el canon q o el canon n , puede llevarnos a problemas de coherencia, incluso si p , q y n conducen a las soluciones S1, S2 y Sn, que resultan ser incompatibles entre sí. Ese sistema solo establecería:

$$C \rightarrow S1 \vee S2 \vee Sn...$$

Evidentemente, las obligaciones alternativas con elementos incompatibles no se ajustan a la *forma lógica* de las antinomias. Veamos un ejemplo. Supongamos que el sistema impone al juez la obligación alternativa de aplicar el canon “tenor literal” o el canon “intención del legislador”. Imaginemos que cada canon implica para el ciudadano Op y Php , respectivamente. El juez, si debe fundar su sentencia en el derecho, está obligado a emplear la norma Op o la norma Php . Es decir, el juez tiene la obligación alternativa de fundar (F) su sentencia con alguna de estas normas [$O (F_{Op} \vee F_{Php})$]. Cualquiera de estas normas le permite justificar su decisión de un modo jurídicamente admisible, pero no está obligado a aplicar ninguna de ellas en concreto⁴⁶. Ambos cánones son válidos en el sistema, por lo tanto, las dos soluciones a las que conducen pueden servir como premisa normativa en el razonamiento.

⁴⁵ Esto es así porque en nuestro ejemplo las normas son incompatibles por *contrariedad*. En casos de incompatibilidad por *contradicción*, como en las normas N1: “ $C \rightarrow Php$ ” y N2: “ $C \rightarrow Pp$ ”, el individuo puede evadir la sanción jurídica cumpliendo con la prohibición establecida en N1 y nunca ejerciendo el permiso que le otorga N2. Por ello, sus dudas prácticas tienen un carácter diferente. *Vid.* Chiassoni 2007: 287-293.

⁴⁶ Ello es así porque sería incorrecto derivar $O (F_{Op}) \vee O (F_{Php})$ a partir de $O (F_{Op} \vee F_{Php})$.

Ahora bien, esto podría mostrar meramente que el sistema del juez no es incoherente, pero el sistema del ciudadano podría serlo. La intuición que está detrás del argumento es que si las sentencias basadas tanto en Op como en Php están igualmente justificadas, esto es porque el sistema incluye como reglas primarias $Op \wedge Php$. Desde la perspectiva del ciudadano, el hecho de que su caso pueda ser decidido con cualquiera de estas normas ciertamente supone evidentes dificultades prácticas. Pero estas dificultades se deben, en nuestra opinión, a que la solución del sistema para ese caso está indeterminada y no a que es incoherente.

Uno de los rasgos de la situación generada por la existencia de múltiples cánones interpretativos alternativamente obligatorios para el caso es que cualquier decisión fundada en alguna de las normas que resultan de ellos está justificada jurídicamente. Pero este rasgo no puede ser explicado si se entiende que la norma sobre interpretación, cuando las soluciones alternativas a las que lleva son incompatibles, hace que el sistema sea incoherente. Veamos por qué. Si el sistema incluye entre sus normas primarias $Op \wedge Php$, el juez no puede justificar su decisión en ninguna de estas normas. Si funda su decisión con la norma Op , habrá tomado una decisión contraria a lo que exige la norma Php . En cambio, si funda su decisión con la norma Php habrá tomado una decisión contraria a lo que exige la norma Op . La única manera que tiene el juez de justificar su decisión es apelando a *criterios adicionales* para resolver la antinomia. Una decisión, entonces, solo estará justificada si el juez la fundamenta en una de las normas que resultan de la disyunción de cánones y, además, ofrece razones jurídicas para hacer prevalecer esa solución sobre todas las demás que resultan incompatibles.

Por otra parte, si se entiende que las reglas sobre interpretación con estas características solo generan *indeterminación* en el sistema de normas primarias, puede explicarse perfectamente por qué cualquiera que sea la decisión del juez ésta resulta jurídicamente justificada. Ello es así porque si el juez funda su sentencia con la norma Op , entonces cumple su obligación alternativa: $O(F_{Op} \vee F_{Php})$. Lo mismo ocurre si funda su sentencia en la norma Php . El juez no tiene la obligación de fundar su sentencia en *ninguna* de estas normas individualmente consideradas, pero sí en *alguna* de ellas. Contrariamente a la intuición inicial, la reconstrucción en términos de *indeterminación* jurídica, y no de *inconsistencia*, explica que los jueces puedan justificar sus decisiones en una u otra norma.

Tomemos el clásico ejemplo de la norma que prohíbe entrar con un vehículo en el parque⁴⁷. Supongamos que el juez debe decidir el caso de la ambulancia que entró en el parque para atender a una persona desmayada. Si el juez está vinculado por una norma de interpretación que le obliga a interpretar las disposiciones conforme con su “tenor literal” o conforme con la “intención del legislador”, ese sistema permitirá al juez fundar su sentencia en la norma Pha (prohibida la entrada de ambulancias en el parque) o Pa (permitida la entrada de ambulancias en el parque). ¿Sería teóricamente fructífero entender que esta situación genera una antinomia? Para ello sería necesario reconocer que el sistema primario, el

⁴⁷ Vid. Hart 1958: 607.

del ciudadano, incluye $Pha \wedge Pa$. La reconstrucción que nos parece más adecuada, sin embargo, es que el sistema incluye $Pha \vee Pa$. Pensemos en el conductor de ambulancias pidiendo consejo a su abogado sobre esta cuestión. El abogado nunca le diría que el sistema le permite y le prohíbe *a la vez* entrar al parque con su ambulancia. Le diría que el sistema está indeterminado al respecto. Lo único que resulta de las disposiciones jurídicas aprobadas por el legislador y del juego de las normas sobre interpretación es que para el caso de las ambulancias el juez tiene la siguiente obligación: $O (F_{Pha} \vee F_{Pa})$. El sistema está indeterminado en la medida en que no establece una solución unívoca. El ciudadano todavía querrá saber qué norma debe seguir, porque lo único que puede tener por cierto es que su caso no está regulado por Pha , ni por Pa , y mucho menos por ambas a la vez. Esto muestra que los múltiples cánones interpretativos pueden generar indeterminación pero no inconsistencia en el sistema.

Por supuesto, una norma sobre interpretación como la aquí analizada, con el tiempo probablemente haría que la jurisprudencia fuese inconsistente, pero este es un problema distinto. La cuestión originalmente planteada por Ratti es si la existencia de múltiples cánones que los jueces deben aplicar al interpretar las disposiciones hace que el sistema enfrente problemas de coherencia. Y esto, desde nuestro punto de vista, no es así.

Estas consideraciones muestran que la tesis de la inconsistencia, en cualquiera de sus versiones, debe ser abandonada, o que Ratti emplea una noción de inconsistencia distinta que debe ser explicitada.

5. La necesidad de acuerdos en el derecho

El argumento que hemos presentado en el apartado 4.1 rechaza que el positivismo pueda refugiarse en una versión débil que limite el acuerdo de los funcionarios a las fuentes no interpretadas. Por consiguiente, se compromete con una tesis más fuerte en la cual un importante grado de acuerdo es conceptualmente necesario en la práctica jurídica. En nuestra reconstrucción, el derecho es una práctica de identificación de *normas*, y ya vimos que para identificar normas es insuficiente identificar textos, puesto que además debe compartirse algún tipo de criterio interpretativo. Sin que se desarrollen convenciones interpretativas que de algún modo sean un componente de la regla de reconocimiento, no hay práctica jurídica.

Ratti considera que tesis como estas son muy controvertidas. Un sistema, dice, «debe ser eficaz, y no necesariamente objeto de acuerdo, para existir: pero la eficacia, evidentemente, no equivale a acuerdo o a consenso»⁴⁸. Por eficacia entiende «la circunstancia de que las normas de un determinado sistema jurídico sean, generalmente, obedecidas y aplicadas por sus destinatarios normativos»⁴⁹. Es interesante analizar los dos ejemplos que propone en apoyo de su tesis.

⁴⁸ Ratti 2008: 323.

⁴⁹ Ratti 2008: 323.

5.1. *El acuerdo de los ciudadanos*

El primero es un ejemplo sencillo referido a un individuo en concreto. Supongamos que Telémaco está de visita en Londres y desconoce la lengua inglesa. Por ello, no comprende en absoluto el significado de una formulación normativa como “*no jaywalking*”. Imaginemos ahora que Telémaco nunca cruza la calle cuando el semáforo está en rojo por razones extrajurídicas, digamos, porque tiene miedo a ser atropellado. En algún sentido puede afirmarse que su comportamiento se adecúa a la regla que resulta de una interpretación *prima facie* de la formulación normativa “*no jaywalking*”. En una situación como esta, dice Ratti, la regla que prohíbe cruzar en rojo es sin lugar a dudas eficaz (por lo menos para Telémaco), aunque nadie afirmaría que Telémaco «está de acuerdo con la difusa interpretación de la formulación normativa en cuestión o con la reconstrucción general de la regla de reconocimiento del sistema jurídico, a cuyas fuentes tal formulación (presuntamente) pertenece»⁵⁰.

Ratti puede estar queriendo señalar dos puntos bien diferentes con este ejemplo. Ambos, en nuestra opinión, son muy discutibles. Si lo que Ratti pretende mostrar es que la existencia de una regla como “*no jaywalking*” puede existir *por el mero hecho* de ser eficaz, en el sentido de que la conducta de los individuos se corresponde con lo prescrito por la norma⁵¹, entonces, su argumento es vulnerable a las críticas que Alf Ross presentó contra las teorías puramente conductistas. Siguiendo esta noción de eficacia, seguramente encontraremos que existen infinitos patrones de conducta que Telémaco está realizando, aunque no afirmaríamos que para él son eficaces las infinitas normas a las que su conducta se conforma. Telémaco, ciertamente, no sabe bailar tango y, por tanto, nunca ha bailado tango, pero sería absurdo inferir a partir de esto que la norma “prohibido bailar tango” es eficaz para Telémaco. Además, tampoco podríamos saber si la norma eficaz para Telémaco es “facultativo bailar tango”. Su patrón de conducta, consistente en no bailar tango, nada nos permite inferir sobre el contexto normativo en el que Telémaco actúa. Para extraer conclusiones relativas a qué normas son eficaces, debe observarse qué normas tienen alguna influencia en su razonamiento práctico. Alf Ross señalaba que para saber qué normas están vigentes en una comunidad deben observarse cuáles son vividas o experimentadas por los participantes como socialmente obligatorias⁵².

Por otra parte, si lo que Ratti pretende mostrar es que un sistema jurídico puede existir aunque los ciudadanos desacuerden sobre la interpretación de las normas dictadas por la autoridad o, más radicalmente, ignoren la regla de reco-

⁵⁰ Ratti 2008: 323. Nos hemos tomado la libertad de ornamentar ligeramente el ejemplo, aunque el punto teórico relevante se mantiene intacto.

⁵¹ Existen diversas nociones de eficacia, y la empleada por Ratti es la más básica, ya que no exige que el individuo conozca la norma reputada eficaz y, mucho menos, que obre en razón de esa norma. Para una explicación de los diversos sentidos, puede consultarse Navarro 1990: 16 y ss.

⁵² *Vid.* Ross 1997: 34-39.

nocimiento que supuestamente otorga validez a las normas primarias del sistema, entonces, su argumento no constituye un ataque al positivismo hartiano, ya que la tesis de Hart es justamente que la regla de reconocimiento debe ser practicada por los funcionarios públicos, pero no es necesario que sea conocida por los ciudadanos. Para que exista un sistema jurídico es necesario que los funcionarios públicos compartan los criterios para identificar el derecho válido, y que el sistema en su conjunto sea generalmente eficaz⁵³.

Esto muestra que el argumento de Ratti no es incompatible con el positivismo hartiano, ¿pero por qué no quedarnos con la posición de Ratti, dado que a fin de cuentas es más sencilla? En otras palabras, ¿qué agrega una regla de reconocimiento a la existencia de un sistema jurídico? La respuesta está en lo dicho dos párrafos más arriba. Si solo observásemos los patrones de conducta de los ciudadanos nunca podríamos saber qué normas son parte del sistema, pues existirán infinitas supuestas “normas” a las cuales los ciudadanos adecúan, consciente e inconscientemente, su comportamiento. La regla de reconocimiento identifica las normas jurídicamente válidas y ello resuelve el problema de determinar qué patrones, de todos los que se realizan en la comunidad, contribuyen a la eficacia general del sistema. El hecho de que nadie baile tango en Senegal es irrelevante para determinar cuáles son las normas del derecho senegalés y para confirmar su eficacia.

En definitiva, parece que la existencia de un sistema jurídico depende de que los ciudadanos cumplan lo prescrito por sus normas en la mayoría de los casos, pero esto requiere un criterio para determinar cuáles son las reglas del sistema. El criterio no puede ser, como se ha dicho, la propia noción de eficacia, porque lo que se intenta establecer es cuándo ciertas reglas ya reconocidas como miembros del sistema son eficaces. La regla de reconocimiento soluciona este problema, pues la validez de las normas se define con independencia de su eficacia generalizada, aunque es cierto que no habrá derecho en ausencia de algunos de estos elementos.

Pese a todo, la construcción teórica de Hart tampoco es del todo convincente, dado que permite una total desconexión entre la práctica de *identificación* del derecho y los *actos de conformidad* con el derecho. Imaginemos que un grupo de profesores de derecho constitucional reunidos en su universidad coinciden en identificar el derecho español siguiendo lo que establece un documento normativo que ellos mismos redactaron y que se ajusta perfectamente al texto de la Constitución Española. Además, interpretan su texto del mismo modo en que los miembros del Tribunal Constitucional interpretan la Constitución Española. Tanto el grupo de profesores como los funcionarios públicos españoles practican la misma regla de reconocimiento. Ambos reconocen que la autoridad de dictar las leyes corresponde al Parlamento, que la autoridad de juzgar corresponde al Poder Judicial y que la administración general del Estado está a cargo del Poder Ejecutivo. Igualmente, el conjunto de reglas primarias identificada por ambos

⁵³ Vid. Hart 1994: 116-117.

grupos es coextensivo. Más importante aún, dentro del territorio español, este conjunto de normas primarias es generalmente obedecido por el grueso de la población. En este contexto, ¿cómo sabemos que la regla de reconocimiento es la que practican los funcionarios públicos y no la de los profesores de derecho constitucional? Parece que la única manera de zanjar esta duda es observando cuál de estos dos grupos tiene la capacidad de motivar a los miembros de la comunidad a actuar conforme con sus directivas, ya sea mediante la amenaza de imponer sanciones, el otorgamiento de beneficios o porque son considerados autoridad legítima⁵⁴.

Pero esto parece estrechar mucho más la relación entre identificación y obediencia del derecho. Si es necesario que los ciudadanos estén motivados por los funcionarios, ¿no se ha establecido subrepticamente como condición que los ciudadanos tengan un buen dominio práctico de la regla de reconocimiento o, al menos, que conozcan las normas primarias del sistema y las incluyan en sus razonamientos prácticos? ¿No exige esto el tipo de acuerdo en las normas primarias que estábamos intentando rechazar en un comienzo para responder a Ratti? No necesariamente. Como explica Postema, el derecho puede ejercer su función de guía normativa y, por tanto, tener una incidencia en el razonamiento práctico de sus ciudadanos, incluso cuando los individuos no conocen perfectamente las normas primarias que les son aplicables. Cuando ello ocurre, el derecho satisface su función *indirectamente*, por medio de un entramado de costumbres sociales informales, convenciones y prácticas que estructuran la vida cotidiana de sus destinatarios normativos⁵⁵. De hecho, dudosamente los individuos en España conozcan dónde se halla la regulación jurídica que prohíbe cruzar con el semáforo en rojo. No sabrán si la prohibición está contenida en el código penal, en el código civil, en el código de circulación o en las leyes de cada municipio. Sin embargo, todos saben que es una norma jurídica, que no es una mera costumbre o una norma generada espontáneamente. Esto muestra que el derecho ejerce su influencia, guía el comportamiento, aun cuando los ciudadanos desconozcan los detalles sobre qué formulación normativa utiliza el derecho para regular el tránsito y dónde se encuentra plasmada. Si esto es correcto, entonces, el positivismo hartiano es inmune a la objeción basada en que resulta demasiado exigente requerir acuerdo de los ciudadanos en las normas primarias. No se requiere tal acuerdo, aunque la mera regularidad de conducta es insuficiente.

5.2. *El acuerdo de los funcionarios*

Veamos ahora el segundo ejemplo de Ratti. En esta ocasión, Ratti no solo sostiene que el sistema debe ser eficaz, en tanto los ciudadanos no tienen por qué acordar cuáles son las normas primarias que forman parte de él, sino que

⁵⁴ Un problema similar se plantea Shapiro (2011: 179-180).

⁵⁵ Postema 2008: 56.

ni siquiera sería necesario que los funcionarios públicos estén de acuerdo en los criterios para identificar las reglas primarias. Es decir, Ratti pone en duda que la regla de reconocimiento sea un elemento conceptualmente necesario en todo sistema jurídico.

Imaginemos, dice, una situación en la cual todos los jueces aplican para resolver las disputas que son sometidas a su consideración la norma según la cual “es obligatorio cumplir con los contratos”. Supongamos que hay tres grupos de jueces bien diferenciados. Un primer grupo aplica la norma porque entiende que se deriva del principio de derecho natural “*pacta sunt servanda*”. Digamos que la norma positiva sobre cumplimiento de los contratos no hace ninguna diferencia práctica en sus razonamientos jurídicos. Un segundo grupo de jueces aplica la norma porque entiende que así lo exige el principio de utilidad. Una práctica en la cual los contratos fuesen incumplidos sería peor en términos de bienestar general, y por ello los pactos deben ser ejecutados. Por último, un tercer grupo de jueces aplica la norma sobre cumplimiento de los contratos porque ella pertenece al sistema jurídico, y entienden que las normas son razones para la acción independientes de su contenido. En la medida en que haya una convergencia suficiente sobre una buena cantidad de normas, sostiene Ratti, esa comunidad tendrá derecho. Ergo, el acuerdo sobre los fundamentos teóricos o los criterios de identificación de las normas primarias no puede ser condición necesaria para la existencia de un sistema jurídico. Muy por el contrario, la eficacia parece ser condición necesaria y —agrega tentativamente— tal vez suficiente para la existencia de una práctica jurídica⁵⁶.

Sin duda, si el ejemplo de Ratti es plausible, lo es respecto de los sistemas jurídicos primitivos. Un sistema en el cual los jueces no acordasen sobre los criterios para identificar las fuentes, sino solo sobre las fuentes mismas, no puede dar cuenta de que los ordenamientos modernos son sistemas dinámicos (que regulan su propia producción normativa) y están jerárquicamente ordenados⁵⁷. En el sistema de Ratti, no se entiende cómo puede introducirse una regla sobre cumplimiento de los contratos, y más aun, cómo podría derogarse. Solo para un tercio de los jueces las normas son válidas con independencia de su contenido y, asumimos, identificables por la autoridad que las ha dictado. Los demás jueces aceptan la regla, unos porque se deriva de los principios del derecho natural y otros porque así lo recomienda el principio de utilidad. Para los jueces iusnaturalistas, la regla “*pacta sunt servanda*” no puede ser derogada. Su validez no depende de que sea creada por ninguna autoridad humana, sino de su pertenencia al conjunto de valores objetivos e inmutables. Para los jueces utilitaristas, en cambio, la norma que obliga a cumplir con los contratos puede variar si cambian las circunstancias fácticas en las cuales la regla garantiza instrumentalmente la maximización del bienestar. Para ambos grupos de jueces, aunque por razones distintas, los actos normativos del Parlamento, de promulgación y derogación

⁵⁶ Ratti 2008: 324.

⁵⁷ Vid. Ferrer-Rodríguez 2011: 87 y ss., y 135 y ss.

de normas, no tienen ningún impacto sobre la conformación del conjunto de las normas que integran el derecho de esa comunidad. Evidentemente, la noción de autoridad, que también resulta fundamental para la comprensión de los sistemas modernos, no juega ningún papel al estudiar este ordenamiento imaginario de Ratti.

¿Cómo puede escapar Ratti a esta objeción? En primer lugar, podría negar que una teoría del derecho deba necesariamente dar cuenta de la dinámica y la jerarquización en los sistemas jurídicos. Esta línea, sin embargo, no parece muy promisoría, puesto que los juristas no consideran que los problemas generados por el aspecto dinámico del derecho y la noción de jerarquía sean menores. Además, la filosofía jurídica continental desde mitad del siglo XX hasta la actualidad ha estado en gran parte dirigida a investigar estos aspectos del derecho. En segundo lugar, Ratti podría matizar su tesis y afirmar que, en el caso de los sistemas modernos, por supuesto que los jueces reconocen la autoridad del Parlamento para introducir nuevas normas y derogar otras, pero ello no significa que acepten la misma teoría de las fuentes. Todavía un grupo de jueces podría aceptar que lo que el Parlamento dice es derecho porque existe un principio de derecho natural según el cual deben obedecerse las normas creadas democráticamente; otro grupo de jueces podría reconocer la autoridad del Parlamento en tanto el principio de utilidad recomienda seguir el derecho democrático antes que no seguirlo. Por último, otro grupo de jueces obedece las normas del Parlamento porque las ha dictado el Parlamento. Ahora sí los jueces tienen teorías distintas respecto de por qué las normas se identifican de ese modo, y sus desacuerdos podrían manifestarse, por ejemplo, al decidir un caso de laguna jurídica. El primer grupo podría intentar encontrar la respuesta en los valores objetivos del derecho natural, el segundo podría tomar su decisión haciendo un cálculo utilitario, y el tercer grupo de jueces podría decidir intentando elaborar un contrafáctico respecto de cómo hubiese decidido el Parlamento si se hubiese planteado la cuestión. En este sistema hay acuerdo en la autoridad, pero no en la teoría subyacente para identificar a la autoridad.

Creemos que esta posición sería esencialmente correcta, pero ya no se distingue de la posición de Hart. Para Hart, en todo sistema jurídico los funcionarios aceptan la regla de reconocimiento, pero no existe ninguna restricción sobre el tipo de razones que pueden tener para hacerlo⁵⁸. Algunos pueden aceptar la regla por considerar que es justa, otros porque de ese modo se mantienen como parte de la élite dominante, otros aun por miedo a las consecuencias negativas que se seguirían si dejasen de aceptarla, etcétera. En todo caso, que acepten la regla solo significa que se comprometen a incorporarla como premisa en sus razonamientos y a actuar conforme a ella⁵⁹.

En conclusión, si ha de preservarse la idea de que los ordenamientos modernos son dinámicos y están jerarquizados, algún grado de acuerdo debe existir

⁵⁸ Hart 1994: 203.

⁵⁹ *Vid.* el análisis de Redondo 1996: 202-204.

entre los funcionarios respecto de quién es la autoridad facultada para realizar cambios en el sistema jurídico. Este acuerdo no es necesario que se extienda a las razones para aceptar la regla que identifica a la autoridad o a la fuente normativa que designa a la autoridad. Cualquier divergencia en ese nivel es irrelevante para el positivismo hartiano. En cambio, cualquier divergencia sería, extendida en el tiempo y generalizada respecto de los criterios de validez resulta fatal. Pero ello no juega a favor de la tesis según la cual no es necesario acuerdo en una regla de reconocimiento para la existencia de un sistema jurídico, ya que si un desacuerdo de estas características se produjese en una comunidad, ciertamente dudaríamos al afirmar que allí se desarrolla una práctica jurídica. Ninguno de los argumentos de Ratti ha mostrado que esta reconstrucción distorsione el fenómeno en estudio.

6. Hacia una explicación pluralista de los desacuerdos

En este apartado intentaremos ofrecer un esbozo de la manera en que entendemos que debe tratarse el problema de los desacuerdos desde una teoría positivista. En primer lugar, siguiendo la sana costumbre analítica, deben distinguirse diversos tipos de desacuerdos⁶⁰. En un nivel abstracto o general, en el cual usualmente intervienen los teóricos del derecho, podrían sostenerse desacuerdos sobre:

a) *La metodología*: de esta clase de desacuerdos, el más notable es el que subyace al debate Hart-Dworkin acerca de la metodología adecuada para desentrañar qué es el derecho. Dworkin ha defendido que el concepto de derecho es interpretativo, y por ello determinar qué es el derecho es una tarea normativa⁶¹. Los positivistas hartianos, en cambio, confían en el poder del análisis conceptual neutral para captar el contenido del concepto de derecho y así esclarecer el fenómeno jurídico⁶².

b) *Los elementos constituyentes del derecho*: estos desacuerdos versan sobre qué es el derecho. Quienes comparten una metodología interpretativa todavía podrían discutir, por ejemplo, si la posición convencionalista es normativamente más atractiva que el derecho como integridad defendido por Dworkin. Por otra parte, aun entre positivistas que comparten una metodología basada en el análisis conceptual, se plantean desacuerdos, por ejemplo, respecto de si los hechos sociales relevantes son la existencia de un soberano que emite órdenes respaldadas por amenaza de sanción, al estilo de Austin, o la existencia de una regla de reconocimiento, al estilo de Hart.

c) *La interpretación en abstracto*: estos desacuerdos recaen sobre los cánones interpretativos en abstracto, esto es, sobre cómo cabe entenderlos y su orden

⁶⁰ Este argumento está basado principalmente en el capítulo 5 de la tesis doctoral de Lorena Ramírez Ludeña.

⁶¹ *Vid.* Dworkin 1986: 45 y ss.

⁶² Hart 1994: 248 y ss. *Vid.* también el Prefacio a la edición inglesa y el capítulo 1.

de prelación. En este punto, es importante tener en cuenta que la concepción del derecho que se sostenga podrá implicar una determinada posición interpretativa con carácter general. Así, por ejemplo, un partidario del derecho como autoridad podría promover un modelo que tome en consideración las intenciones del legislador⁶³. También puede adoptarse una posición interpretativa con respecto a determinados grupos de casos. En este sentido, puede desacordarse sobre la atribución de significado a los términos morales que aparecen en el derecho. Algunos podrían entender que remiten a estándares extrajurídicos y otros que los principios morales quedan incorporados por su intermedio en el sistema jurídico⁶⁴.

Aunque puedan establecerse ciertas relaciones, estos tres tipos de desacuerdo son independientes unos de otros y, en todo caso, son irrelevantes para preservar la posición positivista del problema de los desacuerdos. En realidad, que los teóricos o filósofos del derecho desacuerden no resulta en absoluto sorprendente. Esta es una característica invariable de la reflexión filosófica. Lo que realmente afecta al positivismo hartiano son los desacuerdos *entre los propios participantes*, léase los funcionarios públicos, respecto de la identificación del derecho válido en la comunidad.

En el nivel de las prácticas jurídicas concretas pueden generarse no menos de seis tipos de desacuerdos, a saber:

a) *Sobre cuál es la regla de reconocimiento*: estos desacuerdos versan sobre el contenido de la regla, es decir, sobre los criterios que deben satisfacer las normas para ser válidas en un sistema concreto.

b) *Sobre cuáles son las fuentes-proceso del sistema*: puede discutirse si la costumbre, los precedentes, la argumentación moral o ciertos pactos históricos celebrados antes de la primera constitución, por ejemplo, son fuente del derecho con carácter general. Podría pensarse que estos desacuerdos no son algo distinto de los desacuerdos sobre la propia regla de reconocimiento, pero esto no es así. Puede haber acuerdo sobre las fuentes-proceso, pero desacuerdo en la regla de reconocimiento. Un grupo de jueces podría entender que las costumbres son fuente del derecho porque así lo dispone la constitución. A la vez, otro grupo podría entender que es derecho lo que establecen los documentos normativos y la costumbre. Evidentemente, si la constitución fuese modificada y ya no mencionase a la costumbre, el primer grupo dejaría de considerarla una fuente,

⁶³ En este sentido, Marmor (2005), capítulo 8. Raz (1996), en cambio, niega tal conexión.

⁶⁴ Otros aun podrían discutir qué tipo de desacuerdo se está teniendo. Esto da lugar a un *metadesacuerdo*. Así, si bien muchos piensan que estas disputas se vinculan con qué tratamiento teórico deben recibir los términos morales (¿resultan los principios morales incorporados al derecho o se trata de estándares extrajurídicos aplicables u obligatorios para el juez?), este modo de clasificar la disputa ha sido controvertida, entendiéndose que en realidad se trata de un debate interpretativo sobre el contenido de los términos morales *en un sistema específico* (¿refieren a la moral crítica, a la moral positiva, a lo que los legisladores consideraban moralmente correcto?). Vid. Ferrer Beltrán 2010: 167 y ss.

mientras que para el segundo este hecho no alteraría el estatus de la costumbre como proceso productor de normas jurídicas. Ello muestra que ambos niveles son diferentes.

c) *Sobre cuáles son las fuentes-producto del sistema*: aun acordando sobre la regla de reconocimiento y sobre las fuentes-proceso, los funcionarios podrían desacordar sobre si una determinada costumbre es parte del derecho mercantil, por ejemplo. Supongamos que nadie duda que la costumbre en general es una fuente-proceso, pero se discute si se han verificado las condiciones fácticas necesarias para la creación de una costumbre en concreto, como aquella que establece que en ausencia de estipulación en contrario los costes de entrega corren a cargo del vendedor. En cualquier caso, este parece ser un puro desacuerdo fáctico, que no afecta los criterios de validez jurídica.

d) *Sobre los criterios interpretativos*: nuevamente, aun existiendo acuerdo sobre todo lo anterior, todavía podría discutirse qué cánones interpretativos son válidos y, en todo caso, su prelación. Estos desacuerdos son los que Ratti denomina interpretativos, sobre la validez u ordenación de cánones.

e) *Sobre el significado de las fuentes-producto*: incluso acordando sobre todo lo demás, podría desacordarse sobre el significado de una concreta disposición normativa. Sin embargo, si prestamos atención a este tipo de desacuerdos, resulta claro que estos no pueden ser teóricos. Por ejemplo, si en el nivel anterior se acuerda en que el canon aplicable es la intención del legislador, pero se desacuerda sobre el contenido de la disposición, o bien en realidad no hay un genuino acuerdo en el nivel previo, es decir, estamos frente a un desacuerdo interpretativo, sobre cuál es el canon válido (¿se trata de la intención del legislador al momento de dictarse la norma, al momento de decidirse el caso, de un legislador ideal, etcétera?), o bien el desacuerdo es fáctico (sobre cuál era la intención del legislador). Habiendo acuerdo sobre estas cuestiones, parece entonces que carece de sentido plantear que pueda existir acuerdo en el canon y desacuerdo en el significado de la disposición. Sin embargo, muchos de los casos que plantea Dworkin son casos en que los distintos sujetos tratan de desentrañar la naturaleza de un objeto, presentando concepciones en pugna acerca de la misma. En tales supuestos, parecería que los sujetos discuten acerca del concreto significado de una disposición, más allá de que acuerden acerca de los cánones vigentes en la comunidad. En este sentido, podrían existir desacuerdos en este nivel porque podría aceptarse que el lenguaje ordinario es el canon interpretativo para ese caso, pero discutirse, por ejemplo si los hongos son o no plantas, o si los tomates son o no frutos, y qué papel pueden desempeñar los expertos en la determinación de la respuesta⁶⁵.

⁶⁵ El caso de los hongos fue discutido por la jurisprudencia alemana y concluyó con sentencia del BGH (de 25 de octubre de 2006), que establece que los hongos se hallan incluidos en la normativa que hace referencia a las plantas. Para un análisis más detallado, *vid.* Montiel-Ramírez Ludeña 2010. Moreso (2010b: 31 y ss.) expone y discute con mayor detalle tanto este supuesto como el caso de la jurisprudencia norteamericana relativo a los tomates.

f) *Sobre la solución para un caso específico*: el desacuerdo en los cánones interpretativos todavía no genera un desacuerdo en la solución para un caso concreto, ya que todos los cánones vigentes podrían conducir a la misma solución. Por otra parte, un acuerdo en todos los demás niveles, incluso respecto de los cánones vigentes, no garantiza un acuerdo en la solución normativa para el caso concreto, puesto que algunos podrían defender la solución que se sigue de un canon y otros la que se sigue de uno distinto. Estos son los que Ratti denomina desacuerdos decisorios que, recordemos, considera que en ningún caso son jurídicos.

La literatura filosófico-jurídica, en esto lleva completa razón Ratti, no ha distinguido entre diversos niveles de desacuerdos. Este no es un pecado cometido por el propio Ratti que, como vimos, ha elaborado una serie de interesantes distinciones. En parte, hemos construido nuestra tipología sobre la base de su trabajo, aunque hemos cuestionado cómo define la categoría de las fuentes y algunas conclusiones que extrae al distinguir entre desacuerdos teóricos en sentido estricto, desacuerdos interpretativos y desacuerdos decisorios. En nuestra opinión, el mayor problema de su posición radica en que intenta ofrecer una respuesta única al desafío de los desacuerdos en el derecho: la inmensa mayoría de los desacuerdos son, paradójicamente, extrajurídicos, sobre cómo debe ser el derecho y no sobre cómo es.

Nuestro enfoque, en cambio, intenta profundizar las categorías de Ratti y ofrecer una respuesta pluralista al problema. Conviene comenzar señalando que el mero hecho del desacuerdo no supone todavía un problema para el positivismo hartiano. El mero hecho de que los participantes de la práctica desacuerden sobre lo que exige el derecho en un caso concreto no es problemático si a la disputa no subyace un desacuerdo sobre el contenido de la regla de reconocimiento o sobre las convenciones interpretativas que necesariamente la acompañan. Ya hemos explicado que ningún sistema jurídico moderno es capaz de soportar un desacuerdo continuo, profundo y extendido sobre los criterios de validez. No obstante, ello no implica que en la vida de un ordenamiento nunca pueda darse algún momento de inestabilidad. Las revoluciones, en general, están acompañadas por un momento en que no está claro quiénes son los funcionarios, quién es la autoridad competente, etcétera. Y ello es así, incluso cuando las revoluciones finalmente fracasan. Entre el caso del soberano bien consolidado y el caso de la revolución se encuentran la mayoría de los de sistemas que gozan de una mayor o menor estabilidad. Así, un sistema estable necesariamente supone un acuerdo amplio sobre los criterios para identificar las normas que lo integran⁶⁶.

⁶⁶ Moreso ha sostenido una tesis similar, de acuerdo con la cual en todo sistema existe un conjunto de normas "intocables". Es el caso, por ejemplo, de las reglas que establecen qué decisiones judiciales son definitivas y los procedimientos para hacerlas cumplir. Este tipo de normas otorga a los ordenamientos jurídicos la estabilidad necesaria para su existencia. Si bien la presencia de piezas intocables no nos ayuda a hacer inteligibles los desacuerdos acerca de lo que el derecho establece, deja constancia de que en el derecho existe un importante núcleo de acuerdo acerca de estas cuestiones fundamentales, lo

Dicho esto, puede afirmarse que:

1. Los desacuerdos *profundos* sobre el contenido de la regla de reconocimiento indicarían que el positivismo hartiano no es una buena teoría del derecho, siempre que fuese posible que un sistema jurídico moderno exista sin acuerdo sobre los criterios de validez. En el apartado 5.2 hemos intentado mostrar que esta situación no puede darse.

2. Los desacuerdos *profundos* sobre las fuentes-proceso tampoco serían posibles, ya que implicarían un desacuerdo profundo sobre la regla de reconocimiento.

3. Los desacuerdos *profundos* sobre las fuentes-producto tampoco serían posibles. Estos desacuerdos pueden deberse a que no hay acuerdo en alguno de los niveles anteriores o a un error de hecho. Si fuese lo primero, son procedentes los argumentos expresados en el apartado 5.2. Si fuese lo segundo, el desacuerdo sobre los hechos del pasado no afecta los criterios de validez. Sin embargo, creemos que un desacuerdo fáctico profundo no es posible, salvo que en la comunidad reine una gran desinformación sobre los hechos inmediatos, como si el Parlamento aprobó un determinado texto, o si los comerciantes tienen una determinada costumbre. Asumir esto es tremendamente implausible.

4. Los desacuerdos *profundos* sobre los criterios interpretativos tampoco son posibles. Toda regla de reconocimiento, hemos dicho, incluye o al menos está necesariamente acompañada de una convención interpretativa. Esto es así, en tanto la práctica de identificación de normas no puede llevarse adelante solo con un conjunto de criterios para identificar textos. La interpretación es constitutiva de la práctica jurídica. Si hubiese un desacuerdo profundo o continuo y extendido entre los funcionarios, el derecho no podría cumplir con su función de guía de conducta.

5. Los desacuerdos *profundos* sobre el significado de las fuentes son posibles en un grupo de casos e imposibles o irrelevantes en otro. Son posibles cuando en la propia práctica interpretativa existen concepciones en pugna acerca de la naturaleza del fenómeno sin que las descripciones de los hablantes sean determinantes. Este es el caso de los hongos y los tomates, mencionado más arriba, en el que la correcta aplicación de los términos queda frecuentemente en manos de la teorización de los expertos. Es decir, pueden darse desacuerdos en tales casos porque la concreta práctica interpretativa remite a la teorización acerca de los rasgos centrales del objeto. Por ello, y aunque se acuerde que el significado ordinario es relevante, este puede exigir teorización para determinar la correcta

que fortalece las tesis positivistas (*vid.*, en general, Moreso 2010a). La diferencia fundamental con esta tesis es que nosotros entendemos que las normas “intocables” son el mínimo necesario para la estabilidad, pero ello no implica que las piezas “intocables” no puedan ser objeto de algún desacuerdo puntual. Como sostiene Ferrer Beltrán, no parece haber razones para afirmar que las piezas “intocables” no pueden ser controvertidas en ocasiones y variar con el tiempo (Ferrer Beltrán 2010: 179). Nuestro compromiso es con un acuerdo general en la identificación de las normas del sistema.

aplicación de los términos. Entonces, podrían existir desacuerdos en este nivel pese a existir acuerdo en el nivel previo⁶⁷. Por otra parte, los desacuerdos *profundos* sobre el significado de las fuentes son imposibles si se trata de desacuerdos sobre los cánones (por las razones expuestas en el punto 4 de esta enumeración); y son irrelevantes si versan sobre cuestiones fácticas (por las razones expuestas en el punto 3 de esta enumeración).

6. Los desacuerdos *profundos* sobre la solución para casos específicos son posibles, pero solo en un sistema inestable con grandes dificultades para guiar la conducta de los ciudadanos. Podría haber acuerdo en los criterios de identificación de fuentes y en los criterios interpretativos, pero estos últimos ser demasiado amplios. Si hubiese para toda disposición una amplia disyunción de cánones interpretativos aplicables, y se diese que todos determinasen soluciones diferentes, y no se hubiese consolidado una convención interpretativa concreta para la mayoría de las disposiciones, entonces, necesariamente habría profundos desacuerdos entre los participantes. No obstante, la prolongación en el tiempo de una situación semejante generaría una desintegración de la regulación de la conducta mediante el derecho.

Es importante advertir que en todos los puntos señalados nos referimos a desacuerdos *profundos* en los distintos niveles. En muchos de los casos, sostenemos, tales desacuerdos son imposibles, pero ello no impide que algún grado de desacuerdo en determinados niveles, incluso importante, esté presente en un ordenamiento medianamente estable. Todo convencionalista acepta que pueda haber desacuerdo en el margen de la convención. En cualquiera de estos casos, la discusión entre los participantes admite una explicación plural que apele, entre otras cosas, a teorías como el error o la hipocresía.

Desde nuestro punto de vista, la cuestión central a considerar antes de pronunciarse definitivamente sobre esto es si lo que da más sentido a estos desacuerdos es una reconstrucción *à la* Dworkin, en la cual los participantes intentan ofrecer la mejor justificación de la práctica jurídica. Atender a los argumentos que los juristas presentan, y al modo en que discuten, no parece dar la razón a Dworkin. Por un lado, los abogados suelen ofrecer diversos argumentos para defender su posición, y su criterio de selección tiene que ver con lo que maximiza sus probabilidades de ganar el pleito. De hecho, van acumulando argumentos de distinta índole, que difícilmente pueden ser presentados como la expresión de una postura iusfilosófica coherente. Por su parte, no parece que los jueces tengan una práctica esencialmente distinta. También ellos en los casos difíciles, como ha mostrado Leiter con respecto al derecho anglosajón, seleccionan sus argumentos de modo oportunista. De ello deja constancia el hecho de que muchas veces se adhieren —y parecen hacerlo como una cuestión de principios— a un canon interpretativo que, sin embargo, dejan de lado en otras

⁶⁷ Sobre estas cuestiones, *vid.* Putnam, 1975 y Kripke, 1980, dos de los principales defensores de las llamadas “nuevas teorías de la referencia”.

decisiones, sin resaltar ninguna particularidad del caso que lo justifique⁶⁸. Por esta razón, Leiter critica la interpretación realizada por Dworkin de casos como *Riggs v. Palmer*. Un análisis de los repertorios jurisprudenciales muestra, contrariamente a lo que Dworkin afirma, que los jueces, lejos de mantener una disputa teórica, presentan una fachada de justificación para fundar sus decisiones. En esta línea, parece más adecuado defender que en los casos problemáticos, contamos con convenciones eminentemente jurídicas que posibilitan la defensa de diversas posiciones. Y, si bien en estos supuestos los sujetos presentan sus opiniones afirmando que el derecho exige esa solución jurídica, la teoría del error y/o la hipocresía parecen el mejor modo de dar cuenta de lo que realmente ocurre.

Hay un tercer grupo de supuestos en que los individuos no están en error ni son hipócritas, que tampoco constituye un desacuerdo teórico susceptible de socavar al positivismo hartiano. Es el caso en que la mejor interpretación de lo que los propios sujetos dicen y hacen nos lleva a concluir que, aunque asumen que no hay derecho, entienden que es parte de su función adoptar una decisión para el caso, por lo que intentan identificar la respuesta que mejor encaja con el sistema, la que les parece moralmente más defendible, la que consideran que tendrá mejores consecuencias, etcétera. La diferencia con la tesis de la hipocresía es que los participantes no presentan su discurso como si estuviesen descubriendo lo que el derecho *en realidad* establece. Asumen, por el contrario, una actitud franca y reconocen tener la responsabilidad institucional de completar el derecho, introduciendo para el caso concreto una decisión que luego pueda ser generalizada.

Finalmente, existe un último grupo de casos, mencionado más arriba, en que los individuos discuten sobre la naturaleza de un objeto presentando concepciones alternativas. En tales supuestos, los sujetos con frecuencia entienden que hay una respuesta que puede trascenderles. Estos desacuerdos podrían ser reconstruidos adecuadamente tomando en consideración las llamadas “nuevas teorías de la referencia”. Contrariamente a lo que se piensa en general, las teorías de la referencia son compatibles con un marco positivista de corte hartiano, ya que su incidencia depende de cómo se desarrollen contingentemente nuestras prácticas interpretativas en relación con las concretas disposiciones jurídicas. Dicho de otro modo, aunque muchas veces se ha entendido que estas teorías resultan incompatibles con el positivismo, no parece haber obstáculo para considerar que el lenguaje jurídico frecuentemente incorpora términos del lenguaje ordinario. En este ámbito no resulta extraño reconocer que en ocasiones la aplicación correcta de nuestros términos puede trascendernos y depende a veces de la intervención de expertos. Después de todo, parece obvio que el carácter convencional del derecho no tiene por qué implicar que todo el lenguaje jurídico es igualmente convencional.

⁶⁸ Leiter 2007: 1232 y ss.

7. Palabras finales

Creemos que el artículo de Giovanni Ratti es una pieza ineludible en el debate sobre los desacuerdos en el derecho. Por ello consideramos que tiene sentido analizarlo y exponer nuestras diferencias. En cada apartado hemos presentado objeciones y las posiciones que consideramos correctas sobre los problemas tratados. A partir de allí, el lector puede extraer diversas conclusiones. En lugar de reiterarlas aquí, nos gustaría explicitar las tesis de fondo que nos separan de Ratti y aquellas que nos acercan. En primer lugar, nos separa la idea de que el derecho está profundamente indeterminado y enfrenta usualmente problemas de coherencia. Hemos intentado mostrar que ambas cuestiones son puramente contingentes y ninguna de estas características puede afirmarse a priori de los sistemas jurídicos. En nuestra opinión, si hubiese desacuerdos profundos, extendidos y continuados sobre los criterios de validez jurídica, entendiéndolo por ello los criterios para identificar fuentes y/o atribuirles significado, entonces, no tendríamos derecho. Un núcleo de acuerdo parece necesario para afirmar que estamos ante una práctica jurídica. A medida que el acuerdo es más fuerte, el sistema gana en estabilidad. Ello no supone negar que muchas veces se producen desacuerdos sobre el contenido de la regla de reconocimiento. En estos casos los sistemas tendrán solo algún grado de estabilidad. Precisar el grado necesario para la existencia del derecho es un problema de vaguedad que no afecta a la cuestión conceptual. Lo importante a los efectos de la discusión con Ratti es que estos desacuerdos no son sobre lo que establece el derecho. En esto coincidimos. La diferencia está en que Ratti cree que no hay límites a la cantidad de desacuerdos que pueden darse entre los participantes, ni a su profundidad, y para nosotros sí los hay. Pero ni siquiera ello le permitiría predicar, como hace, que el derecho es usualmente inconsistente o está indeterminado. La tesis conceptual según la cual es posible la existencia de un sistema aun cuando hubiese un gran desacuerdo sobre los criterios de validez no permite sostener una tesis empírica según la cual usualmente los sistemas son incoherentes y están indeterminados.

Por otra parte, Ratti entiende que los desacuerdos sobre el significado de las disposiciones son explicables por el error o la hipocresía de los participantes. Creemos que esta es la mejor explicación cuando el desacuerdo versa sobre la regla de reconocimiento, pero no sobre los significados. En estos casos nos inclinamos por una teoría un poco más pluralista. Muchos desacuerdos pueden ser explicados por el error o la hipocresía, es cierto. Sin embargo, en otras ocasiones la mejor explicación es que los participantes reconocen estar frente a una ausencia de solución jurídica y asumen su responsabilidad institucional de completar el derecho de un modo moralmente adecuado, intentando implementar una norma general que satisfaga un conjunto de principios que son capaces de defender públicamente. Esta tesis es puramente descriptiva: es así como se comportan los participantes, y ello es independiente de que existan verdaderos principios morales. Nuestra tesis solo nos compromete con rechazar que las únicas expli-

caciones correctas sean el error o la hipocresía, ya que en ciertos casos la mejor descripción de lo que ocurre es que los participantes explícitamente intentan modificar el sistema jurídico y sus discusiones versan sobre cuál es el mejor modo de “legislar”.

Finalmente, en otras ocasiones, los individuos discuten sobre la naturaleza de los objetos mencionados por las normas. En estos supuestos, las nuevas teorías de la referencia tienen poder explicativo, ya que los participantes tratan de capturar una realidad que reconocen que puede trascenderles. Muchas veces, esto se plasma también en la deferencia en los expertos. Esta explicación es totalmente compatible con el positivismo jurídico. Respecto de ciertos términos, más claramente sobre los términos de clase natural, la propia práctica se desarrolla de modo que las descripciones que asociamos con los términos no determinan los objetos a los que estos se aplican. Una indagación profunda, con frecuencia científica, es la forma de zanjar estas disputas. Los desacuerdos tienen pleno sentido porque el significado no está en nuestras cabezas, sino que viene determinado por la manera en que es el mundo.

Bibliografía

- Alchourrón, C., y Bulygin, E. (1975). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea.
- Bayón, J. C. (2002). *Derecho, convencionalismo y controversia*, en Navarro, P. E. y Redondo, M. C. (eds), *La relevancia del derecho*, Barcelona, Gedisa.
- Chiassoni, P. (2007). *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons.
- (2008). *Tres buenos filósofos contra las malas costumbre (jurisprudencia analítica y teoría de la costumbre*, «Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho», 31, 105-142.
- Dworkin, R. (1967). *The model of rules*. Citado por la versión aparecida en Dworkin (1977).
- (1977). *Taking rights seriously*, Cambridge-Mass., Harvard University Press.
- (1986). *Law's Empire*, Cambridge-Mass., Harvard University Press.
- Ferrer Beltrán, J. (2010). *Sobre la posibilidad del error judicial y los desacuerdos irrecusables en el derecho. Once comentarios a las tesis de José Juan Moreso*, en Moreso, J.; Prieto Sanchís, L. y Ferrer Beltrán, J., *Los desacuerdos en el derecho*, Madrid, Fundación coloquio jurídico europeo.
- Ferrer Beltrán, J. y Rodríguez, J. L. (2011). *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons.
- Hart, H. L. A. (1958). *Positivism and the Separation of Law and Morals*, «Harvard Law Review», 71, 593-629.
- (1980). *El nuevo desafío del positivismo jurídico*, «Sistema», 36, 3-18.
- (1994). *The Concept of Law*, 2.^a ed., New York, Oxford University Press.
- Himma, K. (2002). *Ambiguously stung: Dworkin's semantic sting reconfigured*, «Legal Theory», 8, 145-183.
- Kripke, S. (1980). *Naming and necessity*, Cambridge, Harvard University Press.
- Leiter, B. (2007). *Explaining Theoretical Disagreements*, «The Chicago Law School Review», 76, 3, 1215-1250.

- Luque, P. (2010). *Dos problemas de una respuesta positivista al desafío de los desacuerdos teóricos sobre el derecho*, «Analisi e diritto», 237-254.
- Montiel, J., y Ramírez Ludeña, L. (2010). *De camareros estudiantes de biología a jueces biólogos. A propósito de la sentencia del BGH sobre los hongos alucinógenos y la deferencia a los expertos en el ámbito penal*, «Indret», 1/2010: <http://www.indret.com/pdf/691.pdf>.
- Marmor, A. (2005). *Interpretation and legal theory*, 2.ª ed., Oregon, Hart Publishing.
- Moreso, J. J. (1997). *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales.
- (2009). *Legal positivism and legal disagreements*, «Ratio Juris», 22, 1, 62-73.
- (2010a). *La doctrina Julia Roberts y los desacuerdos irrecusables*, en Moreso, J.; Prieto Sanchís, L., y Ferrer Beltrán, J., *Los desacuerdos en el derecho*, Madrid, Fundación coloquio jurídico europeo.
- (2010b). *Tomates, hongos y significado jurídico*, en Moreso, J.; Prieto Sanchís, L. y Ferrer Beltrán, J., *Los desacuerdos en el derecho*, Madrid, Fundación coloquio jurídico europeo.
- Navarro, P. E. (1990). *La eficacia del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Papayannis, D. M. (2010). *El aspecto interpretativo de la regla de reconocimiento*, manuscrito inédito.
- Postema, G. J. (2008). *Conformity, Custom, and Congruence: Rethinking the Efficacy of Law*, en Kramer, M. (ed.), *The Legacy of H. L. A. Hart: Legal, Political, and Moral Philosophy*. Oxford: Oxford University Press.
- Putnam, H. (1975). *Mind, Language and Reality: Philosophical Papers*, vol. 2, Cambridge, Cambridge University Press.
- Ramírez Ludeña, L. (2012). *El desvelo de la pesadilla. Una respuesta a “El escepticismo sobre las reglas replanteado”*, «Discusiones», XI (en prensa).
- Ratti, G. B. (2008). *Los desacuerdos jurídicos en la jurisprudencia anglosajona*, «Analisi e diritto», 301-331.
- Raz, J. (1996). *Intention in interpretation*, en George, R. (ed.), *The autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press.
- Redondo, M. C. (1996). *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Rodríguez, J. L. (2006). *Las consecuencias lógicas de las normas jurídicas*, en Maniaci, G. (ed.), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Milán, Giuffrè.
- Rodríguez, J. L. y Perot, P. M. (2010). *Desacuerdos acerca del derecho*, «Isonomía», 32, 119-147.
- Ross, A. (1997). *On Law and Justice* (1958), trad. cast., *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, EUDEBA.
- Shapiro, S. (2007). *The Hart-Dworkin debate: a short guide for the perplexed*, en Ripstein, A. (ed.), *Ronald Dworkin*, New York, Cambridge University Press.
- (2011). *Legality*, Cambridge, Mass. - London, England, Belknap Press of Harvard University Press.
- Taruffo, M. (2007). *Precedente y jurisprudencia*, «Precedente», 85-99.
- Vilajosana, J. M. (2010). *El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons.
- Wittgenstein, L. (2008). *Philosophische Untersuchungen* (1953), trad. cast., *Investigaciones filosóficas*, Barcelona, Crítica.