

PAU LUQUE SÁNCHEZ  
GIOVANNI BATTISTA RATTI  
(EDS.)

ACORDES  
Y  
DESACUERDOS

Cómo y por qué los juristas discrepan

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2012

# ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRÓLOGO .....	13
NOTA SOBRE LOS AUTORES.....	19

## I.

### PARA UNA PRIMERA PANORÁMICA DE LOS DESACUERDOS JURÍDICOS

<b>I. LOS DESACUERDOS JURÍDICOS. UN MAPA CONCEPTUAL</b> , por <i>Pau Luque Sánchez</i> .....	23
1. INTRODUCCIÓN .....	23
2. QUIÉN DESACUERDA. PUNTO DE VISTA INTERNO Y EXTERNO.....	24
3. SOBRE QUÉ SE DESACUERDA. FUENTES DEL DERECHO Y NORMAS DEL DERECHO.....	28
3.1. El segundo acto del debate HART-DWORKIN.....	28
3.2. La respuesta expresivista.....	32
3.3. La respuesta del nuevo realismo jurídico norteamericano..	37
3.4. Los desacuerdos en la teoría del derecho continental.....	38
3.4.1. Desacuerdos sobre cuáles son las fuentes.....	39
3.4.2. Desacuerdos sobre el contenido de significado de las fuentes.....	45
4. RELEVANCIA DE LOS DESACUERDOS PARA EL SISTEMA JURÍDICO.....	53
5 BIBLIOGRAFÍA.....	58

	Pág.
<b>II. PARA UNA TAXONOMÍA DE LAS CONTROVERSIAS ENTRE JURISTAS</b> , por <i>Riccardo Guastini</i> .....	61
1. INTERPRETACIÓN .....	61
2. MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN .....	64
3. ANTINOMIAS.....	65
4. LAGUNAS.....	65
5. PRINCIPIOS .....	68
6. NORMAS IMPLÍCITAS.....	69
7. TESIS DOGMÁTICAS.....	70

## II.

### EL ARGUMENTO DEL DESACUERDO

<b>III. CÓMO EXPLICAR LOS DESACUERDOS ENTRE JURISTAS</b> , por <i>Brian Leiter</i> .....	75
1. INTRODUCCIÓN .....	75
2. DESACUERDO TEÓRICO.....	76
3. LA EXPLICACIÓN POSITIVISTA DEL DESACUERDO TEÓRICO .....	79
4. LOS «VALORES SUPERFICIALES» DE <i>RIGGS</i> Y <i>HILL</i> .....	91
5. VIRTUDES TEÓRICAS Y LA MEJOR EXPLICACIÓN POSIBLE DEL DESACUERDO TEÓRICO.....	96
6. CONCLUSIÓN.....	107
7. BIBLIOGRAFÍA.....	108
<b>IV. DOS PROBLEMAS DE UNA RESPUESTA POSITIVISTA AL DESAFÍO DE LOS DESACUERDOS TEÓRICOS SOBRE EL DERECHO</b> , por <i>Pau Luque Sánchez</i> .....	111
1. EL SEGUNDO ATAQUE DE <i>DWORKIN</i> .....	111
2. UNA RÉPLICA POSITIVISTA: LA RESPUESTA DE <i>BRIAN LEITER</i> .....	112
3. EL ESTATUTO DE LA PIRÁMIDE.....	117
3.1. Estatuto conceptual .....	118
3.2. Estatuto empírico .....	119
3.3. Consecuencias de las distintas interpretaciones.....	122
4. ¿ES ÚTIL LA TEORÍA DEL ERROR PARA LA EXPLICACIÓN DE <i>LEITER</i> ? .....	123
4.1. ¿De qué tipo son las propiedades que hacen verdadero un discurso?.....	123

	Pág.
4.2. En torno al acuerdo social .....	125
4.3. La teoría del error no es un buen aliado para LEITER.....	126
5. BIBLIOGRAFÍA.....	127
<b>V. LA FALACIA DEL DOBLE DEBER Y LOS «DESACUERDOS TEÓRICOS» EN EL DERECHO, por Kevin Toh .....</b>	<b>129</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	129
2. RELACIONES DE DETERMINACIÓN .....	130
3. LA FALACIA DEL DOBLE DEBER.....	133
4. DE UNA FALACIA A UN DESCUIDO.....	139
5. MÁS ACERCA DE LA OPCIÓN PASADA POR ALTO.....	142
6. «DESACUERDOS TEÓRICOS» .....	146
7. LA RECOMPENSA DE IR <i>À LA CARTE</i> .....	149
8. CONCLUSIÓN .....	151
9. BIBLIOGRAFÍA.....	151

### III.

#### LOS DESARROLLOS DEL DEBATE ALREDEDOR DEL ARGUMENTO DEL DESACUERDO

<b>VI. DESACUERDOS ACERCA DEL DERECHO, por Pablo Martín Perot y Jorge Luis Rodríguez .....</b>	<b>155</b>
1. EL CASO DE LA SEÑORA SORENSON Y LA SORPREN- DENTE RESPUESTA DE HART .....	155
2. EL DESAFÍO DE DWORKIN AL POSITIVISMO JURÍDICO ..	158
3. CÓMO DISCUTIR A DWORKIN.....	163
4. FUENTES SOCIALES Y DESACUERDOS.....	165
5. FUENTES SOCIALES Y NORMAS.....	169
6. POSITIVISMO Y DESACUERDOS ACERCA DEL DERE- CHO .....	171
7. BIBLIOGRAFÍA.....	175
<b>VII. LOS DESACUERDOS JURÍDICOS Y LA «DOBLE NATURA- LEZA» DEL DERECHO, por Andrea Dolcetti y Giovanni B. Ratti ..</b>	<b>179</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	179
2. DWORKIN Y EL ARGUMENTO DE LOS DESACUERDOS ...	181
3. DOS AMBIGÜEDADES EN EL ARGUMENTO DE DWOR- KIN.....	183

	Pág.
4. UNA TAXONOMÍA DE LOS DESACUERDOS JURÍDICOS ...	185
4.1. Los desacuerdos de reconocimiento.....	185
4.2. Los desacuerdos interpretativos.....	186
4.3. Los desacuerdos decisionales.....	186
4.4. Desacuerdos axiológicos.....	187
5. LOS DESACUERDOS JURÍDICOS Y EL POSITIVISMO HARTIANO .....	187
6. ACUERDOS, DESACUERDOS Y LA «DOBLE NATURALEZA DEL DERECHO» .....	192
6.1. El acuerdo acerca de las fuentes del derecho .....	192
6.2. Desacuerdos acerca de la interpretación de las fuentes del derecho .....	194
6.3. Desacuerdos jurídicos y teoría general del derecho.....	198
7. CONCLUSIONES .....	200
8. BIBLIOGRAFÍA.....	201
<b>VIII. UNA RESPUESTA PLURALISTA AL PROBLEMA DE LOS DESACUERDOS JURÍDICOS</b> , por <i>Diego M. Papayannis y Lorena Ramírez Ludeña</i> .....	203
1. CONVENCIÓN Y DESACUERDOS.....	203
2. FUENTES E INTERPRETACIÓN DE FUENTES .....	205
3. LA IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO .....	208
4. INDETERMINACIÓN E INCOHERENCIA: TODO VALE, NADA FUNCIONA.....	210
4.1. La tesis de la indeterminación .....	210
4.2. La tesis de la inconsistencia del derecho.....	213
5. HACIA UNA EXPLICACIÓN PLURALISTA DE LOS DESACUERDOS .....	217
6. BIBLIOGRAFÍA.....	224
<b>IV.</b>	
<b><i>FAULTLESS DISAGREEMENTS</i></b>	
<b>IX. IUSPOSITIVISMO Y DESACUERDOS JURÍDICOS</b> , por <i>José Juan Moreso</i> .....	229
<b>X. CONCEPTOS TÓXICOS EN LA FILOSOFÍA MORAL: DESACUERDO ÉTICO <i>OBJECTIVISM-STYLE</i></b> , por <i>Pierluigi Chiassoni</i> ...	241
1. LOS CONTRINCANTES .....	241
2. DESACUERDO ÉTICO: LA TEORÍA OBJETIVISTA.....	244

	Pág.
3. DESACUERDO ÉTICO: CRÍTICA DE LA TEORÍA OBJETIVISTA.....	248
3.1. Inobservancia del principio de interpretación simpatética..	248
3.2. Indeterminación.....	253
3.3. Incoherencia.....	254
4. BIBLIOGRAFÍA.....	257
<b>XI. EL ERROR JUDICIAL Y LOS DESACUERDOS IRRECUSABLES EN EL DERECHO,</b> por <i>Jordi Ferrer Beltrán</i> .....	259
1. INTRODUCCIÓN .....	259
2. EL GOL DE MARADONA .....	260
3. EL CASO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE LOS APAREJADORES .....	262
4. EL PROBLEMA DE LAS NORMAS IRREGULARES.....	264
5. DESACUERDOS IRRECUSABLES. PRIMERA PARTE.....	264
6. LA DOCTRINA JULIA ROBERTS Y LA FALIBILIDAD DE LOS JUECES Y TRIBUNALES.....	265
7. EL ESTATUS DE LA DISCUSIÓN SOBRE LA INCORPORACIÓN DE LA MORAL .....	266
8. LA DISTINCIÓN ENTRE APLICABILIDAD Y PERTENENCIA .....	268
9. SOBRE LA REGLA DE RECONOCIMIENTO.....	270
10. DESACUERDOS IRRECUSABLES. SEGUNDA PARTE .....	271
11. LAS EXIGENCIAS DE ESTABILIDAD DEL SISTEMA.....	272
12. LAS PIEZAS INTOCABLES.....	272
13. BIBLIOGRAFÍA.....	273

**V.**

**POSITIVISMO CONVENCIONALISTA, REALISMO JURÍDICO Y REGLA DE RECONOCIMIENTO**

<b>XII. DESACUERDOS AMBIGUOS, CONVENCIONES EQUÍVOCAS,</b> por <i>Federico José Arena</i> .....	277
1 INTRODUCCIÓN .....	277
2. CONVENCIONALIDAD .....	279
2.1. Persiguiendo las convenciones.....	279
2.2. La tesis convencionalista.....	287
3. LA OBJECCIÓN BASADA EN EL DESACUERDO .....	288

	Pág.
4. DESACUERDO Y OBJETIVIDAD .....	292
4.1. Criterios compartidos .....	292
4.2. Convenciones a pesar del desacuerdo .....	294
4.3. Las convenciones profundas .....	295
5. DESACUERDO Y <i>CONSTRAINT</i> HERMENÉUTICO .....	299
5.1. Cantidad y ubicación del desacuerdo .....	302
5.2. El convencionalismo jurídico acorralado .....	303
5.3. Dos tipos de convenciones .....	306
5.3.1. Fuentes del derecho y convenciones de coordina- ción.....	307
5.3.2. Convenciones constitutivas e interpretación.....	308
6. CONCLUSIONES .....	311
7. BIBLIOGRAFÍA.....	312
<b>XIII. REGLA DE RECONOCIMIENTO, CÁNONES INTERPRETATIVOS Y REALISMO JURÍDICO, por <i>Giovanni Battista Ratti</i>.....</b>	315
1. TRES CUESTIONES CONTROVERTIDAS.....	315
2. EL ESTATUS LÓGICO DE LA RR .....	316
3. RR Y CÁNONES INTERPRETATIVOS.....	321
4. LA RR DEL REALISMO JURÍDICO .....	325
5. BIBLIOGRAFÍA.....	327

## PRÓLOGO

*El libro que el lector tiene en sus manos recoge una serie de ensayos alrededor de la cuestión de los desacuerdos jurídicos. Su razón de ser responde a dos tipos de inquietudes que albergábamos: por un lado, creíamos oportuno reunir en un único volumen las aportaciones más relevantes, obra de los autores más prestigiosos y consolidados de la teoría del derecho contemporánea, acerca de los desacuerdos jurídicos; por otro lado, pretendíamos mostrar algunos de los nuevos caminos por los cuales esta cuestión podría transitar en un futuro próximo.*

*Así pues, pretendemos dar una panorámica acerca de cómo están las cosas pero también acerca de cómo podrían estar.*

*Sobre la base de estos dos criterios, el volumen incluye desde teóricos consolidados de la comunidad angloamericana, pasando por autores igualmente consolidados de la comunidad iusfilosófica de civil law, hasta jóvenes autores pertenecientes también al ámbito continental-latinoamericano.*

*Hemos agrupado los ensayos en diferentes secciones de forma temática.*

*En la primera sección, «Para una primera panorámica de los desacuerdos jurídicos», hemos agrupado dos planteamientos iniciales posibles de la cuestión de los desacuerdos. En primer lugar, en «Los desacuerdos jurídicos. Un mapa conceptual», firmado por Pau LUQUE, el lector encontrará un mapa conceptual cuyo propósito es el de trazar una guía preliminar y general acerca de la cuestión bajo examen. Para ello, se reconstruye tanto el debate iusfilosófico anglo-americano como el continental. En segundo lugar, en «Para una taxonomía de las controversias entre juristas», Riccardo GUASTINI distingue entre siete tipos diferentes de desacuerdos que se dan habitualmente entre juristas. Para ello reconstruye en clave de controversia algunas de las cuestiones de las que se ocupa la teoría del derecho de corte analítico continental contem-*



*poránea: los problemas de interpretación debido a la ambigüedad sintáctica o semántica y a la vaguedad de los términos usados en los enunciados normativos del derecho; el problema de las lagunas en el derecho; las discrepancias acerca de los métodos de interpretación; la obtención de normas implícitas en el derecho; las antinomias; el sub-conjunto de desacuerdos que generan los principios morales y jurídicos entre los juristas; y las controversias entre tesis dogmáticas contrastantes o simplemente diferentes.*

*El segundo bloque, «El argumento del desacuerdo», está dedicado a analizar y rebatir el desafío planteado por DWORKIN al positivismo hartiano sobre la base de la noción de desacuerdo teórico entre los juristas. En él, se encontrará en primer lugar «Cómo explicar los desacuerdos entre juristas», cuyo autor, Brian LEITER, pone énfasis, frente al desafío de R. DWORKIN, en la mayor capacidad explicativa del positivismo jurídico contemporáneo para dar cuenta del derecho, en cuya base encontramos un acuerdo masivo entre los diversos operadores jurídicos. Y para los casos marginales en que en lugar de acuerdo encontramos discrepancia, LEITER afirma que el positivismo jurídico tiene a su disposición dos explicaciones, la teoría del error y la explicación hipócrita, que están en condiciones de competir y superar a la concepción dworkiniana. A continuación, en «Dos problemas de una respuesta positivista al desafío de los desacuerdos teóricos sobre el derecho», Pau LUQUE pone de relieve algunas dificultades que la respuesta de Leiter debe afrontar. En primer lugar, considera que el iuspositivismo, tal y como es concebido por LEITER, puede ser una buena reconstrucción del fenómeno jurídico estadounidense, pero apela a unas particularidades de este sistema que complicarían su clasificación como una teoría general del derecho. En segundo lugar, considera que la teoría del error no resulta adecuada para explicar los desacuerdos en el derecho. En el último artículo de este bloque, «La falacia del doble deber y los “desacuerdos teóricos” en el derecho», Kevin TOH afirma que The Concept of Law fue la última ocasión en que la filosofía del derecho de corte angloamericano abordó los problemas iusfilosóficos clásicos de una manera adecuada. Para mostrarlo pone en tela de juicio algunos de los compromisos conceptuales adquiridos, de manera innecesaria, según TOH, por parte de los positivistas post-hartianos. Si los positivistas reconsideran algunos de estos compromisos, dice TOH, podrán responder en mejores condiciones a los nuevos desafíos, entre ellos la objeción dworkiniana basada en el desacuerdo.*

*El tercer bloque, «Los desarrollos del debate alrededor del argumento del desacuerdo», se ocupa de mostrar algunas posibilidades sobre las que el debate HART-DWORKIN podría girar pero que no han sido exploradas por los teóricos anglo-americanos. Así, en primer lugar, «Desacuerdos acerca del derecho», de Pablo M. Perot y Jorge L. Rodríguez, intenta mostrar que la objeción dworkiniana sólo resulta plausible si la tesis de las fuentes sociales, sostenida por el positivismo hartiano, es interpretada en el sentido de que la existencia de normas requiere un acuerdo acerca de sus casos de aplicación correcta. Pero para estos*

autores, tal interpretación no sólo no es necesaria para sostener el positivismo jurídico, sino que con una interpretación alternativa a la dworkiniana, pero también a la iusrealista, consideran que el positivismo puede proveer una mejor explicación que su rival dworkiniano a la cuestión sometida a discusión en este volumen. En segundo lugar, en «Los desacuerdos jurídicos y la “doble naturaleza” del derecho», Andrea DOLCETTI y G. B. RATTI plantean una defensa del positivismo jurídico desentrañando algunas ambigüedades de la teoría dworkiniana y, sobre la base de la distinción disposición normativa/norma, fundamental en el seno del realismo jurídico genovés, afirman que un sistema jurídico puede existir aun cuando el potencial desacuerdo acerca del contenido de significado de las disposiciones normativas esté ampliamente extendido, y que el positivismo de extirpe hartiana, con algunas modificaciones, es perfectamente capaz de dar cuenta del fenómeno jurídico ya que lo decisivo es el acuerdo institucional acerca de cuáles son las fuentes. En la última contribución de esta sección, «Una respuesta pluralista al problema de los desacuerdos jurídicos», Diego PAPAYANNIS y Lorena RAMÍREZ atacan una de las vertientes del realismo jurídico —la del realismo jurídico genovés—. Para ellos la imagen del derecho que proporciona el realismo jurídico genovés exagera el carácter controvertido del derecho, algo que intentan mostrar poniendo de manifiesto eventuales debilidades conceptuales de la concepción iusrealista. El artículo termina ofreciendo una extensa clasificación de diferentes tipos de desacuerdos, destinada a refutar la réplica del realismo jurídico al desafío dworkiniano y, por consiguiente, a mantener la vigencia teórica de algunas de las tesis anti-positivistas.

En la cuarta sección, «Faultless Disagreements», se aborda una reconstrucción específica de los desacuerdos en general, los faultless disagreements o desacuerdos irrecusables. En esta sección se discuten las ideas de J. J. MORESO al respecto, así como dos críticas a tales ideas. En «Iuspositivismo y desacuerdos jurídicos», José Juan MORESO contribuye al debate iusfilosófico acerca de la cuestión de los desacuerdos poniendo en contacto el debate jurídico contemporáneo con los más recientes avances en filosofía del lenguaje en materia de desacuerdos semánticos. MORESO aborda la posibilidad de que en el derecho, al igual que en el gusto, la estética o la moral, haya cabida para los desacuerdos irrecusables. Y se plantea qué teoría del derecho estaría en condiciones de dar cuenta de este tipo de desacuerdos. En «Conceptos tóxicos en la filosofía moral: desacuerdo ético objectivism-style», Pierluigi CHIASSONI cuestiona la manera de abordar el problema de las discrepancias morales propia del objetivismo ético, tomando como instancia de esta última corriente la obra de J. J. MORESO, y en especial el artículo que hemos insertado también en este bloque. CHIASSONI recupera las ideas clásicas del emotivismo para mostrar el poco e inconsistente recorrido que, a su juicio, tiene el approach objetivista a la cuestión de los desacuerdos. Jordi FERRER BELTRÁN, en «El error judicial y los desacuerdos irrecusables en el derecho», explora, a través de una crítica a J. J. MORESO, una forma de realismo jurídico moderado que, a diferen-

*cia de una variante radical, podría dar cuenta por lo menos de algunos tipos de desacuerdos y que, a su vez, no carecería de algunas debilidades de las que adolece el approach moresiano.*

*En la última sección, «Positivismo convencionalista, realismo jurídico y regla de reconocimiento», se abordan dos de los instrumentos filosóficos sobre los cuales el positivismo de ascendencia hartiana se ha apoyado, el convencionalismo y la regla de reconocimiento. En «Desacuerdos ambiguos, convenciones equívocas», Federico J. ARENA afronta la cuestión de los desacuerdos jurídicos desde la perspectiva del convencionalismo. ¿En qué sentido una convención jurídica es un acuerdo entre los oficiales? y ¿en qué medida puede ser plausible una teoría del derecho basada en el convencionalismo jurídico cuando encontramos desacuerdos entre los oficiales? son algunas de las preguntas que este artículo se plantea responder. Por último, G. B. RATTI, en «Regla de reconocimiento, cánones interpretativos y realismo jurídico», discute el estatuto lógico de la regla de reconocimiento hartiana, así como si los cánones interpretativos formarían parte de aquélla o no y en qué sentido (y con qué contenido) podría decirse que el realismo jurídico, entendido como una forma de positivismo jurídico, también podría afirmar o no una regla de reconocimiento, i. e. un conjunto de criterios que nos permiten saber cuáles son las fuentes válidas de derecho y cuál es su contenido de significado.*

*Hemos concebido esta colección pensando en un público heterogéneo. Por un lado, tiene como potencial lector al docente o investigador de filosofía del derecho, así como al jurista académico o de profesión en general. Pero por otro lado, este volumen puede jugar también el rol de manual para estudiantes de un curso avanzado de filosofía del derecho, pues al debate sobre los desacuerdos jurídicos subyacen algunos de los problemas fundamentales de la teoría del derecho. Como por ejemplo, la conexión entre derecho y moral, la tesis de las fuentes sociales, el rol de la interpretación en la práctica jurídica, el estatuto lógico de las reglas últimas del sistema jurídico, etc. Hemos intentado que este abanico de problemas de cuestiones sea presentado de una manera analítica, ordenada y taxonómica, de forma que incluso aquellos que no estén familiarizados con las cuestiones específicas que aquí se discuten, puedan acceder con cierta celeridad al intrincado mundo teórico de los discrepancias jurídicas.*

*Al lector más cinéfilo no se le habrá pasado por alto que la primera parte del título de este volumen, Acordes y desacuerdos, parafrasea la traducción (en España) del título de la película de Woody Allen, Acordes y desacuerdos (1999), cuyo título original en inglés es Sweet and Lowdown. Pero además de un humilde homenaje a la película de Woody Allen y a su protagonista, el guitarrista loser Emmet Ray, la elección de este título obedece también a razones de orden más sustancial; la filosofía del derecho contemporánea navega entre dos extremos de un continuum teórico: por un lado, existe un núcleo de acuerdo acerca de algunas de las cuestiones iusfilosóficas más importantes entre las diferentes concepciones del derecho que evoca un cierto grado de*

*armonía en el conjunto del discurso de los filósofos del derecho, además de encontrarse en la literatura más reciente diversas concepciones del derecho que abundan en metáforas musicales o literarias para configurar la práctica jurídica no simplemente como una serie de acuerdos acerca de los fundamentos del derecho, sino como una chain novel judicial o hasta como una verdadera sinfonía compuesta y tocada al unísono por los aplicadores del derecho: de ahí los acordes; pero, por otro lado, las discrepancias entre juristas en general y entre iusfilósofos en particular acerca de los fundamentos del derecho y de la misma teoría del derecho pone de manifiesto un relevante número de divergencias de profundo calado teórico, de ahí los desacuerdos del título. Así pues, donde hay acordes, hay armonía, hay acuerdo acerca de por lo menos algunas cuestiones; donde no hay acuerdo, hay disonancia, divergencia y debate. El lector encontrará ambos tipos de fenómenos en este volumen plural.*

\* \* \*

*Algunos de los ensayos que forman parte de este volumen han sido publicados previamente. En concreto, «Cómo explicar los desacuerdos entre juristas», de Brian LEITER, apareció primero en inglés en The University of Chicago Law Review, 76, 2009, y la versión castellana, que es la que se recoge en este libro, apareció en Analisi e diritto 2010; «Dos problemas de una respuesta positivista al desafío de los desacuerdos teóricos sobre el derecho», de Pau LUQUE, apareció también en Analisi e diritto 2010; «Los desacuerdos acerca del derecho», de Pablo M. PEROT y Jorge L. RODRÍGUEZ, apareció previamente en Isonomía, 32, 2010, y ha sido ligeramente modificado por los autores expresamente para la presente colección; «Iuspositivismo y desacuerdos jurídicos», de José Juan Moreso, fue publicado primero en inglés en Ratio Juris, 22, 2009; «El error judicial y los desacuerdos irrecusables en el derecho», de Jordi FERRER BELTRÁN, es una versión ligeramente modificada de un ensayo publicado con un título diferente en J. J. MORESO, Luis PRIETO SANCHÍS, Jordi FERRER BELTRÁN, Los desacuerdos en el derecho, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010. El resto de ensayos son inéditos y han sido expresamente escritos para este volumen.*

\* \* \*

*Finalmente, no quisiéramos concluir este prólogo sin agradecer a los autores que han contribuido a este volumen por acceder a publicar de nuevo sus trabajos, en algunos casos, o a elaborar trabajos inéditos precisamente para la compilación de este libro. Por otro lado, quisiéramos dar las gracias con especial énfasis a Alejandro CALZETTA, José A. GARCÍA y Diego MORENO CRUZ, que han traducido desinteresadamente, pero con máximo rigor intelectual, algunos de los trabajos aquí recopilados.*

Pau LUQUE  
Giovanni Battista RATTI

## **NOTA SOBRE LOS AUTORES QUE CONTRIBUYEN AL VOLUMEN**

**Pau LUQUE SÁNCHEZ**  
es doctor en Filosofía del Derecho por  
la Universidad de Génova.

**Riccardo GUASTINI**  
es profesor de Filosofía del Derecho  
en la Universidad de Génova.

**Brian LEITER**  
es profesor Karl Llewellyn  
en la Universidad de Chicago.

**Kevin TOH**  
es profesor de Filosofía del Derecho  
en la Universidad San Francisco.

**Pablo M. PEROT**  
es profesor de Teoría del Derecho  
en la Universidad Nacional  
de Mar del Plata

**Jorge L. RODRÍGUEZ**  
es profesor de Teoría del Derecho  
en la Universidad Nacional  
de Mar del Plata

**Andrea DOLCETTI**  
es doctor en Filosofía del Derecho  
por la Universidad de Génova.

**Giovanni Battista RATTI**  
es profesor de Filosofía del Derecho  
en la Universidad de Génova.

**Diego M. PAPAYANNIS**  
es investigador Juan de la Cierva  
en la Universidad de Girona.

**Lorena RAMÍREZ LUDEÑA**  
es profesora de Filosofía del Derecho  
en la Universidad Pompeu Fabra  
de Barcelona.

**José Juan MORESO**  
es profesor de Filosofía del Derecho  
en la Universidad Pompeu Fabra  
de Barcelona.

**Pierluigi CHIASSONI**  
es profesor de Filosofía del Derecho  
en la Universidad de Génova.

**Jordi FERRER BELTRÁN**  
es profesor de Filosofía del Derecho  
en la Universidad de Girona.

**Federico ARENA**  
es profesor de Filosofía del Derecho  
en la Universidad Luigi Bocconi  
de Milán.

# I

## LOS DESACUERDOS JURÍDICOS. UN MAPA CONCEPTUAL

Pau LUQUE SÁNCHEZ\*

### 1. INTRODUCCIÓN

La cuestión de los desacuerdos jurídicos se ha convertido, a lo largo de los últimos años, en uno de los temas centrales en el debate de la teoría del derecho, a hombros, sobre todo, de la denominada segunda crítica de DWORKIN a HART. Sin embargo, prácticamente en toda la teoría del derecho del siglo XX la cuestión de los desacuerdos jurídicos tuvo una importancia que no fue menor. No me ocuparé aquí de las razones por las cuales los temas de debate nacieron, son objeto de discusión en la plenitud de su existencia, para pasar a un declivio —no siempre lento— y reaparecer décadas más tarde con más vigor si cabe del que tuvo en sus años de esplendor. Esta tarea requeriría un genuino trabajo de historia de las ideas jurídicas que no se va a llevar a término aquí.

Lo que se hará en los siguientes epígrafes es trazar un mapa conceptual que contribuya a que el lector se oriente en el no siempre claro mundo de los desacuerdos y el derecho.

Me parece que dos son las cuestiones fundamentales, según la literatura de referencia, que este mapa conceptual debe aclarar. La primera de ellas consiste

---

\* Paolo COMANDUCCI, Riccardo GUASTINI, José Juan MORESO, Giovanni Battista RATTI y Cristina REDONDO leyeron versiones anteriores de este trabajo. Les agradezco aquí sus comentarios y observaciones, de los cuales he intentado hacer acopio en esta versión final.



en desentrañar quiénes son los sujetos que desacuerdan en torno al derecho y en el seno mismo del derecho. La segunda aborda cuál es el objeto de estos desacuerdos, esto es, ¿sobre qué desacuerdan quienes desacuerdan sobre o en el derecho? Una tercera cuestión, acerca de cuál es la relevancia de los desacuerdos para el sistema jurídico, será abordada sólo de manera muy aproximativa.

## 2. QUIÉN DESACUERDA. PUNTO DE VISTA INTERNO Y EXTERNO

Cuando se habla de desacuerdos y derecho creo que se puede decir que existen dos puntos de vista que, a falta de un nombre mejor, denominaré interno y externo<sup>1</sup>.

El desacuerdo desde el punto de vista interno se da entre jueces o funcionarios públicos, es decir, entre órganos de aplicación del derecho. El desacuerdo desde el punto de vista externo se da entre el resto de personas que no entra en alguna de las categorías que he mencionado al hacer referencia al punto de vista interno, a saber, desde estudiosos del derechos, académicos, pasando por periodistas, miembros de partidos políticos, hasta el ciudadano de a pie.

Los desacuerdos desde el punto de vista interno y externo se distinguen porque los del primer tipo se dan entre *quienes aplican el derecho* y los del segundo tipo entre *quienes lo critican, lo acatan o lo estudian*.

Nótese que en el punto de vista externo podemos encontrar incluso al legislador, quien tras promulgar una ley se puede encontrar con que los tribunales la aplican de una manera con la que no está conforme<sup>2</sup>. El criterio, pues, para distinguir a uno y otro grupo es el de la aplicación del derecho. Se trata de una distinción meramente conceptual en el sentido de que quienes desacuerdan en el seno de los órganos de aplicación del derecho deciden *qué es derecho*; mientras que quienes desacuerdan desde un punto de vista externo expresan sus preferencias acerca de *cómo el derecho debería ser*<sup>3</sup>. Esto, contrariamente a las

<sup>1</sup> Esta denominación no remite a la utilización del punto de vista interno y externo en la obra de HART (véase HART, 1961: 89 y ss.). So pena de confusión, me parece sin embargo que el sentido en el que yo la usaré aquí capta bien lo que trato de presentar en este trabajo.

<sup>2</sup> Tal vez el caso paradigmático en este sentido es el del control judicial de constitucionalidad que *corrige* las leyes emanadas del parlamento, o bien las invalida total o parcialmente —ejerciendo así, en palabras de Kelsen, de legislador negativo— o las interpreta conforme a la constitución. Este tipo de desacuerdo acerca de cómo deciden los tribunales es conocido como la «dificultad contra-mayoritaria» (véase, por ejemplo, FERRERES, 2011: 139). De todas formas, ésta sería una forma mixta interno/externo, ya que desacuerdan un sujeto que no aplica el derecho con un sujeto que sí lo aplica.

<sup>3</sup> Obsérvese que expresar una opinión acerca de cómo debería ser el derecho —es decir, desde lo que yo he llamado el punto de vista externo— no implica necesariamente disentir de aquello que han decidido los órganos de aplicación del derecho. Es decir, un determinado periódico puede decir en su editorial que los jueces han decidido X y que le parece una decisión correcta. Pero que esté expresando su aprobación no quiere decir que esté aplicando el derecho. Es precisamente debido a esto que tiene sentido hablar de desacuerdos sobre el derecho o desde el punto de vista externo: el periódico A expresa su aprobación respecto de la sentencia X mientras que el periódico B expresa su desaprobación. Aunque el tribunal haya efectiva-

apariencias, no es una nueva reformulación del viejo *motto* iusrealista según el cual el derecho es aquello que los jueces dicen que es. Se trata simplemente de la utilización de un criterio para distinguir analíticamente en función de quiénes aplican el derecho —y desacuerdan en esa fase— y quiénes no lo aplican.

Los desacuerdos en el derecho o desde el punto de vista interno involucran enunciados que pretenden tener valor de verdad. Por ejemplo, cuando un juez afirma en una sentencia que una ley L significa S y otro juez afirma que la ley L significa M, ambos están formulando un enunciado acerca de qué es derecho. Uno de los dos habrá formulado un enunciado falso y el otro uno verdadero, dependiendo de cuál sea la decisión del tribunal, a saber, dependiendo de cuál haya sido la interpretación del juez y la posterior aplicación del derecho<sup>4</sup>.

Este tipo de desacuerdos entre jueces puede ser de dos tipos: horizontal y vertical.

El desacuerdo horizontal se da cuando en un mismo órgano colegiado uno o más de sus miembros expresa una opinión diferente de la mayoría. Esto suele vehicularse mediante el llamado voto particular, en el contexto español, o la *dissenting opinion*, en Estados Unidos. En algunos sistemas jurídicos no está prevista la figura del voto particular, ¿significa ello que los jueces no están nunca en desacuerdo? No, obviamente no. Pero tampoco sabemos cuándo y si lo están. El voto particular es la mejor prueba o evidencia empírica de que hay un desacuerdo entre alguno o varios de sus miembros. Cuando la figura del voto particular no está prevista en el ordenamiento jurídico de turno probablemente será más arriesgado afirmar el desacuerdo de alguno de los jueces.

---

mente decidido X ambos periódicos estarán expresando una opinión acerca de cómo debería ser el derecho, que en el caso del periódico A coincide con la decisión del tribunal. Ambos, pues, se encuentran en el plano de lo normativo.

<sup>4</sup> En realidad el estatuto lógico de los enunciados que adscriben significado a los textos normativos es controvertido, ya que, a pesar de que se suele considerar que la adscripción de significado pertenece al ámbito de lo normativo, cuando el juez formula un enunciado interpretativo está estableciendo aquello que, a partir de entonces, es derecho, no aquello que *debería ser* derecho. Pero tampoco parece estar describiendo el derecho, sino más bien, en algún sentido, creándolo. Es decir, no es un enunciado descriptivo, en sentido estricto, pero tampoco un enunciado prescriptivo. Aunque no desarrollaré aquí esta cuestión, tal vez una posibilidad sería la de considerar que los enunciados interpretativos formulados por los jueces son un tipo de enunciados performativos, ya que, siguiendo a AUSTIN, cuando el juez dice que el texto T significa S «he is *doing* something rather than merely *saying* something» (AUSTIN, 1979: 235, énfasis en el original). Hay que recordar que AUSTIN distingue entre enunciados constatativos (cuyo caso paradigmático serían las afirmaciones o aserciones) y los enunciados performativos. Mientras que los primeros describen un determinado estado de cosas, cuando el hablante hace uso de los segundos está creando algo nuevo. Parece que los enunciados interpretativos de los jueces encajan bastante bien con lo que se entiende por enunciado performativo. Si esto es así, entonces los enunciados desde el punto de vista interno no serían susceptibles de verdad y falsedad, puesto que los únicos que son susceptibles de ello son los enunciados constatativos (AUSTIN, 1962: 6). Pese a todo ello conservaré la pretensión de verdad que tienen los enunciados interpretativos cuando son formulados por los jueces y, por tanto, consideraré, so pena de confusión, que se trata de enunciados descriptivos aunque *particulares*. (Una razón ulterior para esta elección que hago es que me interesa mantener sólo la dicotomía descriptivo-prescriptivo, y decir que se trata de enunciados performativos significaría añadir una *nueva* categoría que complica mi taxonomía. De todas formas, me reservo la posibilidad de volver en un futuro sobre esta cuestión y, por ello, la naturaleza que atribuyo aquí a este tipo de enunciados debe ser tomada con cautela.)



Los desacuerdos verticales, en cambio, se dan cuando un tribunal decide A en el caso C y, tras un recurso de apelación, otro tribunal de rango superior decide no-A en el mismo caso C que está conociendo en apelación.

Los enunciados de los sujetos que entran en desacuerdo sobre el derecho, y que son formulados desde el punto de vista externo, tienen, mayoritariamente, estatuto normativo.

He dicho que, mayoritariamente, los enunciados con los que se manifiestan los desacuerdos desde el punto de vista externo tienen estatuto normativo. Esto es así excepto para un tipo de desacuerdo desde el punto de vista externo. Se trata de los desacuerdos entre los científicos del derecho que dan cuenta, describen o reconstruyen, a-valorativamente, las diferentes concepciones del derecho.

Algunas concepciones del derecho afirman que el derecho no es derecho si no se adecua a algunos principios morales. Aunque para otras no es condición necesaria que el derecho se adecue a ningún principio moral para que pueda ser denominado derecho. Los científicos del derecho reconstruyen estas concepciones del derecho.

Los desacuerdos entre los miembros de esta tercera clase son formulados mediante enunciados que aspiran a tener valor de verdad, puesto que son formulados descriptivamente. No dicen que el derecho debería ser conforme a la moral o que no debería serlo. Dicen que, según algunas concepciones, lo es o no lo es. Por supuesto podemos encontrar versiones normativas de estas concepciones según las cuales, por ejemplo, el derecho debería ser conforme a la moral o no debería serlo, pero entonces estaremos hablando de desacuerdos no ya formulados como descripciones del derecho, sino como preferencias político-jurídicas.

Un tipo de desacuerdo de esta última naturaleza se da entre la ciudadanía, entre partidos políticos o entre medios de comunicación acerca de cómo debería ser aplicado el derecho. De hecho, éste es el desacuerdo jurídico más conocido entre el ciudadano de a pie.

También pueden darse discrepancias acerca del aparato conceptual que los científicos del derecho usan para describir el derecho. Los sujetos que tienen este tipo de desacuerdos son los teóricos del derecho, que divergen a la hora de definir el concepto de derecho<sup>5</sup>. Cuando los teóricos del derecho formulan enunciados acerca del concepto de derecho estos enunciados tienen carácter normativo<sup>6</sup>, esto es, dicen cómo debería ser entendido el concepto de derecho, *i. e.* qué propiedades deben contarse para que se entienda que se está hablando

---

<sup>5</sup> Probablemente se podría decir que no sólo los teóricos del derecho tienen desacuerdos, por así decir, conceptuales, sino que también los jueces o el ciudadano de a pie pueden tener formas distintas de concebir el derecho (y, en este sentido, pueden estar presuponiendo aparatos conceptuales distintos). Pero también es cierto que los desacuerdos entre ciudadanos e incluso entre jueces se sitúan en un nivel del análisis conceptual muy *folk*. Por ello me inclino por pensar que los *genuinos* desacuerdos conceptuales se dan entre teóricos del derecho, cuya tarea intelectual es precisamente la de llevar a cabo tales análisis conceptuales.

<sup>6</sup> Aquí «normativo» hace referencia a estipulativo, no a normativo en sentido ético-sustantivo o entendido como una guía de comportamiento práctico.

de derecho<sup>7</sup>. Obviamente, dependiendo de cuáles sean las asunciones conceptuales que se hagan en materia de teoría del derecho, las descripciones —y los desacuerdos acerca de las descripciones— del derecho que llevan a cabo los científicos del derecho variarán<sup>8</sup>.

Todavía se puede dar cuenta de una última categoría de desacuerdos jurídicos: los desacuerdos dogmáticos acerca de cómo se debe estudiar el derecho. Esto es, los desacuerdos acerca de cómo debería ser la ciencia jurídica o sobre qué debería ocuparse la ciencia jurídica.

Para algunos autores, la ciencia jurídica debe limitarse a describir las concepciones del derecho (y aquí caben aquellos que se ocupan de reconstruir las decisiones judiciales, aquellos que entienden que el derecho es un sistema normativo o aquellos que afirman que los principios morales tienen en el derecho un rol preeminente); mientras que para otros, la ciencia jurídica del derecho debe ocuparse de suministrar buenos argumentos para que el derecho cumpla mejor sus funciones (obviamente, esto presupone que existe un acuerdo acerca de cuáles son las funciones del derecho)<sup>9</sup>.

Así pues, a modo de resumen, tenemos el siguiente cuadro (columna de la izquierda indica los tipos de desacuerdo, mientras que las filas dan cuenta de las cuestiones relevantes):

	<i>Sujetos</i>	<i>¿Aplican el derecho?</i>	<i>Estatuto lógico de sus enunciados</i>
Punto de vista interno: horizontales	Órganos de aplicación del derecho (jueces, funcionarios públicos, etc.).	Sí	«Descriptivo» <sup>10</sup>
Punto de vista interno: verticales	Órganos de aplicación del derecho (jueces, funcionarios públicos, etc.).	Sí	«Descriptivo»

<sup>7</sup> El estatuto filosófico del análisis conceptual es controvertido: existen por lo menos dos concepciones para las cuales el análisis conceptual juega algún rol en la gnoseología. Por un lado, tenemos una concepción modesta del análisis conceptual, según la cual el análisis conceptual sistematiza y ordena nuestras intuiciones acerca del mundo o la realidad, pero no nos ofrece conocimiento genuino, es decir, no nos permite acceder a la realidad. El único tipo de conocimiento genuino nos lo ofrece las ciencias empíricas. Por otro lado, tenemos la concepción ambiciosa, según la cual el análisis conceptual es una genuina herramienta epistemológica, al mismo nivel que las ciencias empíricas, que nos permite acceder a la realidad (puede encontrarse un estudio más en profundidad de estas dos concepciones en JACKSON, 1998: 55 y ss). Yo asumiré aquí, sin justificar, que la mejor concepción del análisis conceptual es la modesta (una defensa de esta manera de entender el análisis conceptual con la cual congenio en buena medida, y que en realidad no tiene tantas pretensiones como la concepción modesta de JACKSON, se puede encontrar en LEITER, 2001: 131 y ss).

<sup>8</sup> Incluso podría decirse que, dependiendo de cuáles sean las asunciones conceptuales, los científicos del derecho estarán hablando *at cross purposes*, es decir, no estarán entendiendo lo mismo cuando hablan de derecho, por lo que, en sentido estricto, no estarán teniendo un desacuerdo sobre un mismo objeto.

<sup>9</sup> Según R. GUASTINI, los dogmáticos también se ocupan: *a*) de determinar el significado de los enunciados jurídicos y *b*) elaborar nuevas normas, esto es, crear nuevos derechos, obligaciones o poderes jurídicos (GUASTINI, 2010: 14). En este sentido, los dogmáticos no se ocupan sólo de prescribir qué debe hacer la ciencia jurídica, sino que en algún sentido están creando el derecho.

<sup>10</sup> Recuérdense las advertencias acerca del estatuto de estos enunciados puestas de manifiesto en la nota 5.

	<i>Sujetos</i>	<i>¿Aplican el derecho?</i>	<i>Estatuto lógico de sus enunciados</i>
Punto de vista externo: científicos	Científicos del derecho	No	Descriptivo
Punto de vista externo: Políticos	Periodistas, partidos políticos, ciudadanía, etc.	No	Normativo
Punto de vista externo: Teóricos	Teóricos del derecho	No	Normativo
Punto de vista externo: Dogmáticos	Dogmáticos del derecho	No	Normativo

### 3. SOBRE QUÉ SE DESACUERDA. FUENTES DEL DERECHO Y NORMAS DEL DERECHO

En esta sección me ocuparé de la cuestión del objeto del desacuerdo. Es decir, ¿sobre qué desacuerdan los órganos de aplicación del derecho, incluidos por supuesto los jueces, cuando desacuerdan? y ¿sobre qué desacuerdan las diferentes concepciones del derecho?

Aunque las divisiones geográficas en materia teórico-filosófica suelen ser bastante traicioneras, creo que en este punto cabe señalar que hay una diferencia teórica de calado entre la teoría del derecho angloamericana y la continental<sup>11</sup> en materia de sobre qué desacuerdan los órganos de aplicación del derecho.

Para poner de manifiesto esto, reconstruiré en primer lugar el llamado segundo acto del debate HART-DWORKIN y, en segundo lugar, reconstruiré las tesis de algunos de los más importantes iusfilósofos pertenecientes al ámbito continental en relación con la cuestión de los desacuerdos y el derecho.

#### 3.1. El segundo acto del debate HART-DWORKIN

Tras el primer ataque de DWORKIN al positivismo jurídico de estirpe hartiana, que tenía como objeto principal —aunque no único— la omisión, por parte de HART, de un tipo de estándares normativos en el derecho, *i. e.* los principios, y como éstos ponían en tela de juicio la tesis de la separabilidad entre derecho y moral<sup>12</sup>, característica de toda versión del positivismo jurídico, DWORKIN atacó más tarde otro flanco de la teoría hartiana que él consideraba que impugnaba todo el proyecto del positivismo jurídico, esto es, la imposibilidad, por

<sup>11</sup> «Continental», en realidad, no es un criterio meramente geográfico, pues entiendo, en este trabajo, que hace referencia tanto a algunos teóricos del derecho italianos, españoles, franceses e incluso latinoamericanos. A falta de un nombre mejor, usaré «continental».

<sup>12</sup> Para una buena reconstrucción de este primer acto véase SHAPIRO, 2007: 24-34.

parte del positivismo, de dar cuenta de los desacuerdos existentes en el derecho<sup>13</sup>.

Según DWORKIN, esta incapacidad se debe a que el positivismo jurídico está comprometido con un punto de vista acerca del derecho meramente fáctico. Como dice SHAPIRO:

El punto de vista meramente fáctico, según DWORKIN, consiste en dos principales tesis. En primer lugar, mantiene que las bases del derecho en cualquier comunidad están fijadas por consenso entre los órganos de aplicación del derecho. Si los órganos acuerdan que los hechos del tipo *h* son bases de derecho en su sistema, entonces los hechos del tipo *h* son bases de derecho en el sistema. En segundo lugar, los únicos tipos de hechos que pueden ser bases de derecho son hechos históricos claros<sup>14</sup>.

Aquí conviene hacer algunas aclaraciones terminológicas. De acuerdo con DWORKIN, hay que distinguir entre «proposiciones de derecho» y «bases de derecho»<sup>15</sup>. Las «proposiciones de derecho» son enunciados sobre el contenido de una determinada norma jurídica de un determinado sistema jurídico. Por ejemplo, la norma jurídica según la cual «están prohibidas las corridas de toros dentro del territorio de la comunidad autónoma catalana»<sup>16</sup> sería un ejemplo de «proposición de derecho» en España.

Las proposiciones de derecho son verdaderas en virtud de las «bases de derecho». En España, por seguir con el ejemplo, dicha proposición de derecho es verdadera —simplificando un poco— si una mayoría de miembros del Parlament ha votado a favor de la ley que prohíbe la práctica de la tauromaquia dentro del territorio correspondiente a la comunidad autónoma catalana.

A partir de aquí, DWORKIN afirma que hay dos tipos de desacuerdos posibles<sup>17</sup>: por un lado, los desacuerdos empíricos y, por otro lado, los desacuerdos teóricos. El primer tipo de desacuerdo se da cuando existen discrepancias acerca de si, de hecho, han tenido lugar las «bases del derecho». Por ejemplo, si hubiera una discrepancia acerca de si realmente la proposición de derecho «están prohibidas las corridas de toros dentro del territorio de la comunidad autónoma catalana» ha sido o no ha sido votada por la mayoría correspondiente en el Parlament y, puesto que se trata de una Iniciativa Legislativa Popular, si ha alcanzado el número de firmas mínimo para que pueda ser presentada en el Parlament para su posterior aprobación.

<sup>13</sup> DWORKIN, 1986: 6.

<sup>14</sup> SHAPIRO, 2007: 37.

<sup>15</sup> DWORKIN, 1986: 4.

<sup>16</sup> Según la decisión del Parlament de Catalunya de 28 de julio de 2010 que aprueba la Ley 28/2010, de 3 de agosto, y que modifica el art. 6 del texto refundido de la Ley de Protección de los Animales, aprobado por el Decreto legislativo 2/2008.

<sup>17</sup> DWORKIN, 1986: 4-6.