

FERRER Beltrán, Jordi; MORESO, José Juan y PAPAYANNIS, Diego M. (eds.), *Neutralidad y teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2012, 407 pp.

I. INTRODUCCIÓN

La obra que reseño es el afortunado resultado de un proceso de intercambio y debate llevado a cabo entre los autores que colaboran en la obra y la comunidad académica reunida con motivo de la “1st. Conference on Philosophy and Law: Neutrality and Theory of Law” celebrada en la ciudad de Girona, España, del 20 al 22 de mayo de 2010.

Hablo de un afortunado resultado pero en realidad es algo más que eso, pues el mérito de convocar a un congreso internacional de la magnitud de aquel es enorme. En mutua colaboración, la Cátedra de Cultura Jurídica de la Universidad de Girona, la Universidad Pompeu Fabra y la editorial Marcial Pons reunieron en un solo evento a 14 renombrados y bien conocidos filósofos del derecho de diversas latitudes con el objetivo de discutir e intercambiar ideas en torno a la neutralidad en la teoría del derecho, aunque en el evento se dieron cita muchos más filósofos de países americanos y europeos.

Quienes tuvimos la oportunidad de asistir al congreso podemos dar testimonio no sólo de la riqueza y alto nivel de las discusiones sostenidas sino también de la extraordinaria oportunidad que significó congregarse a colegas y estudiantes de distintos países a intercambiar y aprender de importantes teóricos que se dieron cita en este excelente evento. No obstante, el magnífico esfuerzo no terminó ahí sino que para fortuna de la comunidad de habla hispana, los editores —Jordi Ferrer Beltrán, José Juan Moresso y Diego M. Papayannis— se dieron a la tarea de reunir los trabajos de los ponentes en una obra impresa que ofrece en español cada una de los artículos discutidos en aquel congreso.

* Reseña recibida el 13 de febrero de 2015 y aceptada para su publicación el 2 de marzo de 2015.

RESEÑAS

Se trata de una obra de gran importancia en la filosofía del derecho pues tiene el mérito de ofrecer en una sola obra en español, una mirada profunda a las discusiones contemporáneas de la filosofía del derecho, labor de gran importancia y trascendencia —habida cuenta de que una gran parte de las discusiones en la disciplina se publican en inglés y no siempre son de fácil acceso— para colegas y estudiantes hispanoparlantes que pueden encontrar en esta obra discusiones actuales y reales que se sostienen en la disciplina.

La reseña que presento ofrece una síntesis general de cada uno de los artículos que componen la obra seguida de una modesta crítica sobre algunos puntos recurrentes en la línea común de discusión. Confío en que esta breve reseña invite a la lectura detenida de la obra y, con suerte despierte el interés de algún estudiante en la filosofía del derecho.

II. ¿CÓMO SE DETERMINA EL OBJETO DE LA JURISPRUDENCIA?

JUAN CARLOS BAYÓN

La pregunta que intitula este artículo es la pregunta que la filosofía del derecho contemporánea ha trabajado arduamente en las últimas décadas y acerca de la cual se han elaborado teorías que establecen cauces metodológicos diversos para lograrlo. Dentro de la tradición analítica en la filosofía del derecho, desde Austin hasta nuestros días, ha perdurado la idea de que la naturaleza del derecho, —esto es, identificar las propiedades necesarias para recibir la etiqueta de derecho— se explica mediante una teoría del derecho que tiene las características de ser descriptiva y general.

Detrás de varias de las grandes teorías del derecho contemporáneas está la presuposición fundamental de que el carácter descriptivo y general es la forma correcta de entender la teoría del derecho, que a su vez, está ligada al positivismo jurídico. Así, se ha dado en llamar “teoría del derecho descriptiva” a las posiciones que sostienen esta idea, en contraposición de aquellas que se pronuncian por un enfoque normativo, a la que se ha denominado “teoría del derecho normativa”. Sin embargo, el autor advierte que dentro de esas dos clasificaciones hay posturas metodológicas heterogéneas con una gran variedad de matices.

REVIEW ESSAYS

Se identifican, al menos, cuatro variedades de teoría del derecho descriptivas y tres normativas. A grandes rasgos, la teoría descriptiva más ingenua sostiene la posibilidad de describir el mundo tal como es para encontrar el mínimo común denominador entre los objetos a los que denominamos “derecho”. Un segundo tipo de teoría descriptiva considera viable valorar para determinar los elementos a considerar en la explicación, labor que puede efectuarse desde una posición neutral, esto significa que es posible describir mediante una “evaluación indirecta” sin comprometerse con juicios morales.

En un tercer sentido, la teoría descriptiva adoptaría un “giro naturalista” para adoptar herramientas de las ciencias sociales y avocarse a una investigación empírica. En un cuarto sentido, se hace referencia a una teoría descriptiva con pretensiones metafísicas en la que el derecho es una clase funcional, cuya naturaleza se puede descubrir tal como los científicos lo hacen con su equivalente, las clases naturales.

Frente a las teorías descriptivas se encuentran tres tipos distintos de teorías normativas. El primer sentido de teoría normativa se propone sugerir cuál debe ser nuestro concepto de derecho, según las consecuencias morales que acarrea. Un segundo sentido de teoría normativa sugiere que no hay un concepto de derecho sino varios parcialmente diferentes, por lo que habría un margen de acción para adoptar la dirección que queremos que tome nuestro concepto, mejor conocido como “proyecto de ingeniería o reglamentación”. El tercer sentido de la teoría normativa sostiene que para explicar qué es el derecho debemos entender cuál es su propósito y, en consecuencia, debemos efectuar juicios político-morales en esta empresa.

Hasta aquí Juan Carlos Bayón realiza un esbozo de las posturas teóricas en la filosofía del derecho, sin embargo, se decanta por la metodología normativa del “proyecto de ingeniería”, poniendo en tela de juicio la viabilidad de las teorías descriptivas al cuestionar por ejemplo: ¿cómo y con qué criterios determinar si un objeto pertenece o no a la categoría que tratamos de explicar? Si hablamos de “nuestro” concepto ¿nuestras comprensiones de lo que cuenta como derecho pueden darnos esa respuesta? El autor sugiere que no hay un único concepto de derecho sino conceptos parcialmente diferentes, por lo que buscar las propiedades “del concepto de derecho” es

RESEÑAS

inviabile y duda de la posibilidad de identificar los rasgos importantes del derecho sin involucrar juicios morales.

III. NECESIDAD, IMPORTANCIA Y NATURALEZA DEL DERECHO.

FREDERICK SCHAUER

El trabajo se centra en determinar qué significa que el derecho tenga una naturaleza y en explicar la posibilidad de que dicha naturaleza consista en propiedades que son importantes pero no necesarias. En ese sentido, Schauer parte del presupuesto de que tenemos conceptos, que el concepto de derecho es uno que puede analizarse a través de propiedades necesarias o esenciales y que dicho análisis puede ser descriptivo.

La idea común en la filosofía del derecho es que las propiedades que son parte de la naturaleza de algo, son esenciales del objeto; en contraste, la explicación que ofrece el autor está encaminada a mostrar la posibilidad de que hay ciertas ideas, observaciones o explicaciones que resultan importantes para la naturaleza del derecho que no son —en este tiempo y cultura— necesarias para el concepto de derecho.

La tesis central es que existen ciertas propiedades no exclusivas de ciertos objetos pero que muestran una alta concentración probabilística que las vuelve *importantes* para nosotros y nuestra comprensión de un concepto. Si esto es así, entonces podría decirse que hay propiedades importantes para comprender el derecho incluso cuando no sean necesarias ni suficientes para su concepto.

La propiedad de volar en las aves ilustra esta relación, ya que volar es una propiedad altamente concentrada en las aves pero no es exclusiva ni necesaria para ser ave y, sin embargo, es probable que proporcione algún conocimiento sobre las aves, amplíe nuestro conocimiento del concepto y además tenga relevancia práctica para la comprensión de las aves y la física del vuelo. Esta misma relación puede ocurrir con la coerción en el derecho, ya que es una propiedad probabilísticamente concentrada aunque no necesaria, y sin embargo ayuda a explicar el *carácter* del derecho.

REVIEW ESSAYS

El autor cuestiona lo que denomina la “hegemonía” del análisis conceptual del concepto de derecho en términos de condiciones necesarias y suficientes, pues niega que ésta sea la única empresa valiosa de la ciencia jurídica, en cambio, dicho enfoque restringe significativamente el campo en el que podemos buscar conocimiento. Así, propone que la explicación de la naturaleza del derecho puede venir de las propiedades contingentes, no esenciales e incluso particulares, que pueden ser sumamente importantes y las cuales requieren también, esclarecimiento filosófico.

IV. ALEXY ENTRE EL POSITIVISMO Y EL NO-POSITIVISMO.

EUGENIO BULYGIN

En un análisis detallado de la obra *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*, Eugenio Bulygin expone y cuestiona los principales argumentos planteados por Robert Alexy para defender el no-positivismo. Mientras las teorías positivistas defienden la *tesis de la separación*, al sostener que no hay una conexión conceptualmente necesaria entre derecho y moral, las teorías no-positivistas (de acuerdo con Alexy) consideran que los elementos morales, junto con la promulgación y la eficacia son característicos del derecho.

La defensa del no-positivismo se sustenta en argumentos analíticos y normativos, al sostener que el elemento moral en el derecho puede ser explicado como una necesidad normativa o como una necesidad conceptual, y aún si esta última no se satisface, se puede sostener una necesidad normativa. Bulygin cuestiona la utilidad de emplear “necesario” en lugar de “obligatorio” para referirse a algo que está prescripto y más aún, observa que si hay conexiones conceptuales entre derecho y moral, no hay necesidad de recurrir a argumentos normativos. “Si está incluido, [el elemento moral en el derecho] los argumentos normativos son superfluos; si no está incluido, son inútiles.”¹

¹ Bulygin, Eugenio, “Alexy entre el positivismo y el no-positivismo”, en Ferrer Beltrán, Jordi *et al.* (eds.), *Neutralidad y teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 63.

RESEÑAS

Por otra parte, Alexy plantea una distinción entre observadores y participantes en el derecho, la cual es disputada por el autor al señalar que la mayoría de los observadores son participantes y todos los participantes son observadores, no obstante, esta distinción sirve para determinar cuándo las normas jurídicas particulares o los sistemas jurídicos pierden dicho estatus al sobrepasar un grado de injusticia. De acuerdo con este planteamiento, se advierte que dicha fórmula nunca es aplicable desde la perspectiva del observador, pues tanto las normas jurídicas como los sistemas pueden ser injustos sin perder su estatus jurídico.

Este planteamiento conduce al señalamiento de Bulygin de una contradicción entre la tesis de que el concepto no-positivista del derecho incluye elementos morales y la afirmación de que un sistema jurídico extremadamente injusto es un sistema jurídico. Adicionalmente, Alexy sostiene que cada acto creador de derecho está conceptualmente conectado con la pretensión de corrección, es decir, incluye elementos morales, sin embargo, el replicante indica la ambigüedad implícita en la afirmación, pues no hay una moral correcta o verdadera y debe distinguirse entre la moral correcta y la *idea* de la moral correcta.

Finalmente, al comparar ciertas ideas centrales positivistas con las de un no-positivista, Bulygin concluye que se trata de posturas muy semejantes y cuestiona dónde está en realidad la gran diferencia entre ambas posturas; de ahí que cierre su análisis sugiriendo que se trata de una discrepancia verbal.

V. ¿ENTRE POSITIVISMO Y NO POSITIVISMO? TERCERA RÉPLICA A EUGENIO BULYGIN. ROBERT ALEXY

Robert Alexy responde a las objeciones planteadas por Eugenio Bulygin —en esta misma obra— esclareciendo algunos puntos de sus argumentos iniciales y adicionando ideas para reforzarlas. Así, explica que los argumentos analíticos y normativos tienen entre sí una relación de complementación, refuerzo e inclusión, este último implica que la pretensión de corrección es una necesidad concep-

REVIEW ESSAYS

tual, pretensión moral tanto en la aplicación del derecho, así como en la naturaleza y definición del propio concepto.

La estructura desde la que se atienden las objeciones es señalada como “hipotética” al asumir que el derecho necesariamente eleva una pretensión de corrección. En relación con la distinción entre observador y participante, Alexy niega incurrir en contradicción y señala que se trata de una distinción entre perspectivas que pueden sostenerse en la misma persona, no obstante, la perspectiva del observador está subordinada la del participante. En la perspectiva del participante —sostiene— está siempre presente la conexión necesaria entre derecho y moral, el derecho sería imposible sin participantes, de modo que la conexión en esta perspectiva basta para establecer un concepto no-positivista del derecho.

El no-positivismo afirma la existencia de una conexión necesaria entre validez jurídica y corrección moral. En los casos en los que se elige una interpretación injusta del derecho, el no-positivismo señala esa decisión judicial como moral y jurídicamente defectuosa: es jurídicamente defectuosa al haberse vulnerado tanto la pretensión de corrección moral como la pretensión jurídica de corrección, todo lo cual conduce a una idea de necesidad entre derecho y moral. Estos defectos jurídicos sólo pueden advertirse teóricamente desde un concepto no-positivista del derecho, pero el aspecto práctico del problema revela que si el defecto fuera sólo moral, el tribunal de última instancia no tendría que casar las decisiones injustas del tribunal inferior.

Alexy detalla la interpretación de moral que basta para defender la tesis de la conexión fuerte, que se compone de dos elementos: 1) una teoría de los derechos humanos básicos que pueden catalogarse como discursivamente necesarios y 2) las reglas y formas de argumentación práctica racional.

Finalmente, Alexy rechaza que se trate únicamente de una discrepancia verbal o del final del debate, pues la pretensión de corrección del derecho transforma la defectuosidad moral en defectuosidad jurídica, lo cual es una cuestión acerca del concepto de derecho, y muestra a su vez que esta dimensión ideal del derecho no es una “invocación metafórica” sino una dimensión que está viva.

RESEÑAS

VI. LA ARQUITECTURA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO.

JULES L. COLEMAN

El planteamiento inicial del trabajo sugiere que el saber popular en la teoría analítica del derecho está equivocado, que un progreso real en la disciplina sólo puede lograrse si se abandona ese saber popular y se redefinen sus problemas centrales. A lo largo del artículo, Coleman explica y cuestiona tres ideas centrales que se encuentran en el centro de ese saber, las cuales han de ser abandonadas, a saber, 1) que la tesis de la separabilidad es esencial para el positivismo jurídico; 2) que la tesis de la separabilidad distingue al positivismo jurídico del iusnaturalismo, y 3) que la tesis de la separabilidad es incompatible con el iusnaturalismo.

La tesis de la separabilidad es entendida como *a*) una afirmación acerca de las condiciones de validez jurídica de las normas de un sistema jurídica, o como *b*) una afirmación acerca de las condiciones de existencia de los sistemas jurídicos. Como *a*), la tesis de la separabilidad afirma que la moral no es una condición necesaria de la validez jurídica; mientras que en términos de *b*) la tesis de la separabilidad sostiene que un sistema jurídico no necesita satisfacer requerimientos morales para contar como tal.

En un análisis minucioso, el autor llega a las siguientes conclusiones parciales, relevantes en el desmantelamiento del saber popular: primera, que el positivismo jurídico es compatible con la tesis de la separabilidad y segunda, que una interpretación caritativa de la postura iusnaturalista sobre la propia tesis —una norma jurídica injusta no es derecho— contempla entender que el iusnaturalista realiza una sugerencia metodológica que implica concentrarnos en las instancias centrales del derecho, esto es, aquellas que obligan a la conciencia.²

Al conceder esta interpretación, el iusnaturalismo es compatible con la tesis de la separabilidad. De esta forma, positivistas jurídicos y iusnaturalistas (interpretados caritativamente) pueden sostener la tesis de la separabilidad como una tesis sobre la coherencia del

² Coleman, Jules, “La arquitectura de la filosofía del derecho”, en Ferrer Beltrán, Jordi *et al.* (eds.), *Neutralidad y teoría del derecho*, *cit.*, p. 106.

REVIEW ESSAYS

derecho inmoral. Así, la siguiente pregunta que se plantea el autor es si ambos pueden adherir la tesis de la separabilidad entendida en términos de las condiciones de existencia de los sistemas jurídicos.

En ese sentido, sólo los sistemas de normas que satisfagan ciertos criterios morales cuentan como sistemas jurídicos para el ius-naturalista. El autor destaca la posible conexión entre el derecho y la actitud de aprobación del derecho, directamente conectado con el punto de vista interno de Hart. Sugiere considerar un “punto de vista interno alternativo” en el que la actitud práctica relevante está moralizada y en virtud del cual los sujetos adoptan las normas de derecho por considerarlas moralmente legítimas.³

Para Coleman, una forma de entender la pretensión de autoridad legítima del derecho es que el derecho tiene un “punto de vista” acerca de lo que la moral exige o permite, pues ese derecho expresa exigencias o permisiones morales. Así, el derecho expresa un punto de vista acerca de sus propias normas que otros pueden aceptar o rechazar, tal es el punto de vista del derecho.⁴ Es posible, entonces, adoptar el punto de vista del derecho, que sería tanto como adoptar la actitud que el derecho tiene hacia sus propias directivas “considerarlas legítimas y disponerse a que esto se refleje en las propias acciones y el razonamiento práctico”.⁵

Hay una gran diferencia entre el punto de vista interno y el punto de vista del derecho. Aunque ambos son actitudes, el funcionario que adopta el punto de vista del derecho se dispone a considerar las directivas jurídicas como moralmente legítimas y actuar conforme a ello, en tanto el punto de vista interno hacia la regla de reconocimiento puede adoptarse por cualquier razón y se utiliza como razón de la propia conducta, incluso para criticar a otros.

El punto medular de la distinción entre puntos de vista radica en que en la concepción de Jules Coleman no es suficiente que los funcionarios empleen la regla de conocimiento sino que además deben considerar legítimas las normas que aplican. Esta idea es compatible con el positivismo jurídico.

³ *Ibidem*, p. 111.

⁴ *Ibidem*, p. 112.

⁵ *Ibidem*, p. 113.

RESEÑAS

Como criterio para las condiciones de existencia de un sistema jurídico, los iusnaturalistas han defendido que hay principios morales que son distintivos del derecho, o bien que hay propósitos morales que la regulación jurídica busca, necesariamente; sin embargo, muchos positivistas —como Hart, Raz o Shapiro— admiten el segundo tipo de consideración.⁶

El conjunto de consideraciones previas conducen a la afirmación de que la tesis de la separabilidad es inadecuada para diferenciar al positivismo del iusnaturalismo pero también a la afirmación de que el positivismo jurídico es compatible tanto con la aceptación de la tesis de la separabilidad como con su rechazo. Esto significa que el saber popular está equivocado y ha de reemplazarlo una *nueva arquitectura de la filosofía del derecho*.

Otro saber popular que el autor desafía es el que afirma que los enfoques sustantivo y metodológico en la teoría del derecho van de la mano, esto es, que las teorías que ofrecen soluciones a los problemas fundamentales del derecho y aquéllas que ofrecen un enfoque acerca de cómo abordar esos problemas, van de la mano.

Al analizar detalladamente los sentidos en los cuales toda teoría filosófica (normativa o descriptiva) de un concepto ofrece criterios para su uso adecuado, es normativa, revela cómo es posible que tanto iusnaturalistas como positivistas sustantivos sean normativistas metodológicos, refutando así el saber popular al respecto.

Contrario a la creencia general, Jules Coleman revela una verdad acerca del positivismo jurídico usualmente ignorada. Al preguntarse acerca de la manera en que el derecho incide en las razones morales que tenemos para actuar, explica —desde el positivismo jurídico excluyente— que el derecho crea nuevas razones morales para actuar, así el derecho sirve a la moral, la moral incorpora al derecho. En ese sentido, el positivismo jurídico excluyente raziano deriva del rechazo a la tesis de la separabilidad, pues admite que el derecho y la moral están conectados en un nivel más fundamental, por lo cual se mantienen separados al determinar la identidad y el contenido del derecho.⁷

⁶ *Ibidem*, p. 120.

⁷ *Cfr. ibidem*, p. 145.

REVIEW ESSAYS

Esto conduce a una reconsideración de la relación que guardan entre sí el positivismo jurídico incluyente (PJI) y es excluyente (PJE). El autor sugiere que mientras el PJE es una afirmación acerca de lo que determina el contenido del derecho, el PJI es una afirmación acerca de los fundamentos con que se determina aquello que determina el contenido del derecho: una afirmación sobre metafísica.⁸ En suma, PJE y PJI no son posiciones iusfilosóficas alternativas ni rivales, dado que el PSI es una teoría de “metanivel: teoría putativa de cómo estos hechos (y no otros) contribuyen al contenido del derecho”.⁹

Finalmente, cierra el artículo con el reconocimiento de que los problemas en la filosofía del derecho no han sido enfocados adecuadamente y en cambio plantea tres grandes preguntas que han de abordarse para continuar la discusión: “1) Si no es necesario que los hechos morales contribuyan al contenido del derecho ¿cómo pueden los enunciados jurídicos ser afirmaciones acerca de lo que uno tiene razones morales para hacer (a veces de manera concluyente)?” 2) ¿Cómo pueden las premisas sobre lo que «es» fundar conclusiones de «deber»? y 3) ¿Cómo puede la actividad jurídica, la emisión de directivas autoritativas y las opiniones de los jueces crear razones para actuar o incidir de alguna otra manera sobre nuestras razones morales para la acción?”.¹⁰

Así, como práctica social y normativa, el derecho ha de ser explicada por una teoría que explique ambos aspectos.

VII. NORMAS, VERDAD Y ENUNCIADOS ACERCA DEL DERECHO.

JORGE L. RODRÍGUEZ

Las dificultades para la determinación de las condiciones de verdad de los enunciados jurídicos es el tema central en torno al cual giran las inquietudes y análisis del autor. Nos advierte que responder esta pregunta, sin embargo, conlleva implícitamente a la toma de pos-

⁸ *Ibidem*, p. 163.

⁹ *Ibidem*, p. 166.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 172-174.

RESEÑAS

tura respecto de otros asuntos circundantes, a saber, respecto de la identificación del derecho y sus relaciones con la moral, de la concepción sobre la interpretación de las normas jurídicas y la validez jurídica, así como de la identificación y aplicación del derecho.

En un buen número de situaciones resulta claro distinguir entre normas y proposiciones normativas pero ciertamente, no siempre se les distingue exitosamente debido al hecho de que una misma oración puede emplearse para referir una norma o para expresar una proposición normativa, por ejemplo: “Está prohibido fumar”.¹¹ Se explora con mayor detenimiento la idea de que muchos enunciados de la ciencia jurídica no son susceptibles de verdad y falsedad debido al empleo de interpretación en su constitución, actividad que sin duda ostenta un carácter evaluativo.

Jorge L. Rodríguez se refiere a cierto tipo de enunciados que no son susceptibles de verdad y falsedad: las normas técnicas o enunciados comprometidos son instrucciones o reglas de la experiencia que mencionan un deber o abstención para lograr un fin, en caso de que se desee dicho fin. La única parte susceptible de verdad o falsedad sería la información presupuesta acerca del sistema jurídico en cuestión. Este tipo de normas ofrecen razones para creer que existen razones para actuar.

Un problema adicional que se deriva de la distinción entre normas y proposiciones normativas es que la posibilidad de mantener la distinción depende de la manera en que se caracterice a las propias normas.

La concepción sintáctica identifica a las normas con entidades lingüísticas que emplean expresiones normativas como “obligatorio”, “prohibido”, “permitido”; la concepción semántica sostiene que las normas son el significado de cierto tipo de enunciados prescriptivos; por su parte, la concepción pragmática las normas son resultado del uso prescriptivo del lenguaje y sería el propio acto (nivel pragmático) el que determinaría que se trata de una norma.

La concepción sintáctica se descarta automáticamente debido a la ambigüedad en la identificación de una norma o una proposi-

¹¹ Rodríguez, Jorge L., “Normas, verdad y enunciados acerca del derecho”, en Ferrer Beltrán, Jordi *et al.* (eds.), *Neutralidad y teoría del derecho*, *cit.*, p. 181.

REVIEW ESSAYS

ción normativa, previamente señalada por el autor. La consecuente adopción de la postura semántica o pragmática de la norma genera consecuencias muy importantes, como el tipo de relaciones que pueden admitirse entre las normas. La sola posibilidad de admitir relaciones lógicas entre las normas parece contra-intuitivo —dado que la lógica tradicional está asociada a las nociones de verdad y falsedad— pues parece que de las normas no puede predicarse verdad o falsedad.

De aquí, Jorge L. Rodríguez nos conduce a identificar un problema fundamental, a saber, que para sostener la distinción entre normas jurídicas (no susceptibles de verdad y falsedad) y enunciados jurídicos (susceptibles de verdad y falsedad) uno debe comprometerse con una posición desde la que resulta difícil justificar la existencia de relaciones lógicas entre las normas. Sin embargo, es innegable que muy a menudo los juristas se refieren a “lo que se sigue” de las normas para determinar sus consecuencias. De este modo, se requiere una explicación acerca de la fundamentación de la lógica de normas concebidas como entidades no susceptibles de verdad o falsedad.¹²

VIII. *JURISTENRECHT*. INVENTANDO DERECHOS, OBLIGACIONES
Y PODERES.
RICCARDO GUASTINI

En este trabajo, Riccardo Guastini cuestiona la tradicional distinción en la ciencia jurídica entre jurisprudencia descriptiva y crítica, al considerarla una explicación insatisfactoria acerca de lo que hacen los juristas pues —desde su perspectiva— la descripción del derecho tal como es trae aparejado un modelo normativo de ciencia jurídica.

La actividad doctrinaria (distinta de aquella de la ciencia jurídica) se compone de actividades como la interpretación —atribución de significado a los textos normativos— y la construcción jurídica —dar forma a normas implícitas que no pueden ser imputadas a

¹² *Ibidem*, p. 203.

RESEÑAS

ningún texto normativo—. La interpretación puede ser cognitiva, decisiva o creativa.

La interpretación creativa “consiste en atribuir a un texto un significado «nuevo»”¹³ no considerado entre aquellos identificados mediante interpretación cognitiva, sin embargo, considera el autor que en realidad mediante la interpretación creativa, lo que se hace es obtener normas implícitas de un texto normativo utilizando argumentos no deductivos, que es tanto como un “acto de «legislación intersticial»”.¹⁴

En ese sentido, las normas implícitas (NI) no son formuladas por ninguna autoridad normativa y sacadas de normas explícitas y se distinguen al menos tres clases de ellas: a) las NI que derivan de normas expresas mediante razonamientos lógicamente válidos; b) las NI que derivan de normas expresas mediante razonamientos lógicamente inválidos, y c) las NI que derivan de la conjunción de normas expresas y asunciones teóricas. Es mediante las NI se concretizan principios para colmar lagunas.¹⁵

Este análisis conduce a considerar que debido al grado de indeterminación de los principios éstos requieren previa concretización para su aplicación. Así, concretizar el principio significa extraer de él una norma implícita mediante la conjunción del principio con una asunción teórica arbitraria. Si esto hacen los juristas, los juristas están haciendo derecho.

Por tanto, Riccardo Guastini muestra con su provocación que la doctrina o dogmática jurídica modela el propio sistema jurídico al ocurrir una confusión inevitable entre el derecho y la propia doctrina jurídica, dado que ambos trabajan con discursos, de modo que los juristas modelan y enriquecen continuamente el derecho: con proposiciones normativas, enunciados interpretativos decisorios y formulaciones de normas implícitas. En suma, la interpretación y la

¹³ Guastini, Riccardo, “Juristenrecht. Inventando derechos, obligaciones y poderes”, en Ferrer Beltrán, Jordi *et al.* (eds.), *Neutralidad y teoría del derecho*, cit., p. 211.

¹⁴ *Ibidem*, p. 213.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 216-218.

construcción jurídica (que caracterizan a la dogmática) son parte del derecho mismo.

IX. EL PROBLEMA DE LA DEMARCACIÓN EN LA TEORÍA DEL DERECHO:
UNA RAZÓN MÁS A FAVOR DEL ESCEPTICISMO.
BRIAN LEITER

El problema de la demarcación (PD) sobre cómo distinguir el derecho y la moral ha sido un problema dominante en la teoría del derecho. Para los positivistas jurídicos la validez jurídica de una norma no puede depender de la moral, mientras que para los ius-naturalistas el derecho se entiende como una rama de la moral.

Brian Leiter denomina como una “empresa totalmente increíble”¹⁶ la pretensión de resolver el PD a través de la identificación de propiedades necesarias y esenciales del derecho. Esto, debido a que desde su perspectiva, el derecho es un concepto artefacto que debe su existencia a actividades humanas y por tanto, están sujetos a los fines y propósitos humanos cambiantes y carecen de propiedades naturales pues éstos cambian según dichos fines, por lo tanto no pueden ser analizados en términos de sus atributos esenciales.

Al recordar los intentos fallidos de la filosofía y la filosofía de la ciencia por resolver sus propios PD cuestiona que si no ha habido un solo análisis exitoso a través de propiedades necesarias ¿por qué habríamos de pensar que el derecho tendría éxito?, al tiempo que sugiere una mejor pregunta: ¿por qué importa resolver este problema?¹⁷

El autor explica que las preocupaciones principales de los filósofos del derecho más reconocidos centran su importancia en dos puntos: en el hecho de que una norma sea jurídicamente válida no significa que sea moralmente obligatoria y el hecho de que una decisión de un órgano jurídico sea moralmente atractiva, no la hace jurídicamente obligatoria.

¹⁶ Leiter, Brian, “El problema de la demarcación en la teoría del derecho: una razón más a favor del escepticismo”, en Ferrer Beltrán, Jordi *et al.* (eds.), *Neutralidad y teoría del derecho*, cit., p. 226.

¹⁷ *Ibidem*, p. 231.

RESEÑAS

Al ser Kelsen y Hart antirrealistas acerca de las normas morales, Leiter sugiere que la normatividad de la moral tiene que ser entendida exclusivamente en términos psicológicos: lo que un agente cree cuando aprende que algo es moralmente incorrecto. Pero si todo se reduce a las actitudes que tiene las personas sobre la moral y el derecho, al preguntarse con PD qué debe hacerse, entonces ¿por qué debería importarnos el PD?, si no hay razón para creer que nuestra solución al PD afectará las actitudes reales de las personas.¹⁸

Un argumento adicional a favor del escepticismo de Brian Leiter apunta a señalar la imposibilidad de descubrir verdades acerca del derecho, y habida cuenta de que se trata de un artefacto humano respecto de los cuales no se ha encontrado ninguna verdad, se torna difícil ver por qué se debería tomar en serio resolver el PD como señalan Raz, Dickson o Shapiro, por ejemplo.

Leiter señala que si bien el derecho y la moral son diferentes en muchos casos y contextos, es un error formular esta distinción en términos de propiedades esenciales para todos los casos y todos los propósitos.

Finalmente, hace notar que el PD se presenta no en los casos paradigmáticos u ordinarios, sino con mayor frecuencia en los casos extraordinarios, por lo tanto no basta con el interés teórico de resolver el PD, sugiere en cambio que debemos abandonar el PD y ocuparnos de *lo que debemos hacer*, es decir, abordar las cuestiones prácticas de manera directa, porque al final del día cualquier discusión que sea irrelevante para la práctica no tiene sentido.

X. POSITIVISMO JURÍDICO NORMATIVO, NEUTRALIDAD Y ESTADO DE DERECHO. BRUNO CELANO

En este artículo se explora la neutralidad como un ideal ético-político, concretamente, la tesis central sostiene que existe una rela-

¹⁸ Celano, Bruno, "Positivism jurídico normativo, neutralidad y estado de derecho", en Ferrer Beltrán, Jordi *et al.* (eds.), *Neutralidad y teoría del derecho*, cit., p. 235.

ción entre el positivismo jurídico normativo (PJN) y la neutralidad a través del estado de derecho (ED).

El PJN es la tesis que considera la separación entre el derecho y la moral como algo valioso. La vertiente sustantiva del PJN sostiene que el contenido moral del derecho debería ser limitado, mientras que la vertiente epistémica señala que es deseable que la existencia y contenido del derecho puedan determinarse mediante la sola referencia a hechos sociales sin recurrir a consideraciones morales.¹⁹

En adelante, el autor se ocupa de la vertiente epistémica solamente. Pero ¿cómo ha de entenderse el PJN? Es una tesis acerca de lo que el derecho debe ser, por tanto es un punto de vista normativo que sostiene que sería “bueno” que el derecho tuviera ciertas características y propone una reconstrucción positivista del concepto de derecho. De acuerdo a esta explicación el PJN tiene una versión panglosiana y una versión de la contingencia.

El derecho puede no satisfacer la tesis de las fuentes (según la cual la existencia y contenido de las leyes puede ser determinado mediante hechos sociales fácilmente identificables, accesibles y no controvertidos) de varias maneras, así, la tesis preferida del PJN sostiene que es contingente y deseable que la existencia y contenido del derecho satisfagan la tesis de las fuentes.²⁰

El autor explora dos conexiones principales entre el PJN y ED. La primera se revela a través de la *neutralidad como equidad* que se presenta cuando las leyes que satisfacen el ED generan un sistema estable de expectativas mutuas, garantizando un cierto nivel de confianza y equidad (compatible con injusticias).

En la segunda conexión se muestra la asociación del ED con un modo específico de ejercicio del poder político que se distingue por ser racional, público y transparente. Esta conexión entre PJN y ED proviene de la inherente neutralidad de las prescripciones que deriva a su vez de su asunción implícita de *racionalidad* al asumir a los destinatarios como capaces de comprender lo que se manda y actuar en consecuencia; del inherente *conocimiento común* atribuido a las prescripciones en el EDI —que concede un lugar privilegiado a la legislación— elementos que en su conjunto permiten atribuir cierta

¹⁹ *Ibidem*, p. 245.

²⁰ *Ibidem*, p. 250.

RESEÑAS

neutralidad al ejercicio del poder y al tipo de actitud comunicativa que implica su funcionamiento.

Así, sustentando con un detallado análisis estas ideas Bruno Celano pretende mostrar que si ha de sostenerse la neutralidad del derecho, será vía la satisfacción de la tesis de las fuentes y EDI, lo cual conduce en su explicación a sostener también el PJN.

XI. ¿QUÉ ES EL DERECHO (Y POR QUÉ DEBERÍA IMPORTARNOS)?

SCOTT SHAPIRO

El autor comienza brindando un esquema general acerca de lo que se entiende por teoría del derecho para pasar posteriormente a la división en la teoría del derecho entre teoría normativa y analítica, de las cuales la primera se ocupa de los fundamentos morales del derecho mientras que la segunda se ocupa de sus fundamentos metafísicos.

Por una parte, la teoría normativa del derecho tiene dos vertientes: la *interpretativa*, que intenta explicar los fundamentos morales del derecho vigente y la *crítica* que se propone establecer como debería ser el derecho desde un punto de vista moral, al evidenciar que el derecho vigente privilegia a ciertos grupos injustamente.²¹

Por otra parte, la teoría analítica del derecho pretende explicar la naturaleza de su objeto de estudio, determinar qué es lo que lo distingue de otros objetos. Al hacer este esclarecimiento, Shapiro se pregunta si la teoría analítica del derecho debería ser relevante para otras personas además de los filósofos del derecho y qué es con exactitud lo que se estudia al indagar en la naturaleza del derecho.

Al indagar sobre la naturaleza de algo, uno se pregunta a) sobre la identidad de un objeto, esto es, sobre qué característica del objeto hace que sea tal y no otra cosa o b) sobre la implicación, que significa cuestionarse qué implicaciones tiene que el objeto de estudio sea tal y no otro. En ese sentido, una propiedad es necesaria cuando el ob-

²¹ Shapiro, Scott, “¿Qué es el derecho (y por qué debería importarnos)?”, en Ferrer Beltrán, Jordi *et al.* (eds.), *Neutralidad y teoría del derecho*, cit., pp. 280 y 281.

REVIEW ESSAYS

jeto no podría carecer de ella y no todas las propiedades necesarias son de interés sino sólo las que son distintivas del objeto de estudio.

Las respuestas que demos a la pregunta de implicación “intentan explicar la lógica que subyace a nuestras clasificaciones sociales”.²² La indagación acerca de las preguntas de identidad e implicación — señala Shapiro— recibe como método el nombre de análisis conceptual, metafísica descriptiva o reconstrucción racional.

La forma más simple en la que el autor explica el análisis conceptual es asemejándolo al trabajo de un detective que busca pistas filosóficas en verdades autoevidentes acerca del objeto que conocen aquellos con una comprensión adecuada de las instituciones jurídicas. Dichas verdades ayudan a determinar la identidad del objeto, por eso se deben identificar tantas como sea posible.

Ahora bien, con frecuencia las personas tienen nociones distintas acerca de lo que es una verdad evidente, esto, sin embargo, no es un problema, ya que las intuiciones juegan un papel central pero provisional en el análisis conceptual porque precisamente se trata de un ejercicio de reconstrucción racional.

Scott Shapiro se ocupa de proporcionar razones para creer que las preguntas que se formulan desde la filosofía analítica del derecho no son irrelevantes ni carecen de importancia práctica, como se ha señalado desde el escepticismo y al contrario de lo que se piensa, tienen profundas implicaciones para la práctica del derecho. Los hechos jurídicos están determinados por otros hechos —sociales en el caso del positivista jurídico o sociales y morales, según el iusnaturalista— y el desacuerdo que se presenta entre estas dos posturas es una discusión en torno a la naturaleza del derecho, pero en última instancia la respuesta a esta discusión determina la forma particular en la que entendemos e interpretamos el derecho en casos concretos, por ejemplo, la Constitución.

De esta forma, Shapiro revela cómo algunas disputas jurídicas dependen de la posibilidad de resolver ciertas disputas filosóficas y cómo algunas de las cuestiones que les preocupan a los abogados no pueden ser resueltas sin un fundamento filosófico.

²² *Ibidem*, p. 291.

RESEÑAS

XII. SOBRE LA NEUTRALIDAD DEL RAZONAMIENTO CONFORME A UNA
CARTA DE DERECHOS.
WILFRID WALUCHOW

En este trabajo Wil Waluchow elabora una justificación robusta del control judicial de constitucionalidad basado en las declaraciones de derechos para defenderlo de las críticas que lo califican como un procedimiento antidemocrático que impone las visiones morales de los jueces sobre el resto de nosotros. Desde su perspectiva, el control judicial de la constitucionalidad puede ayudar a la comunidad a sujetarse a sus propios compromisos morales fundamentales y servir incluso para intensificar nuestra autonomía moral, ante el embate de influencias indebidas que no somos capaces de repeler.

La justificación ofrecida se sustenta con la “ética constitucional de la comunidad” (ECC) esto es, una ética compuesta por las normas y convicciones morales fundamentales con las que la comunidad se ha comprometido y que han adquirido reconocimiento legal, es la ética política integrada en las prácticas jurídicas. Siendo así, la ECC es una fuente de normas morales cuyo origen social permite a los jueces recurrir a ella sin comprometer la legitimidad democrática.

Desde esta perspectiva, lo que los jueces hacen es decidir siguiendo los mejores juicios de la comunidad democrática, tratan de aplicar de la manera más imparcial y neutra posible estándares cuyo origen son las creencias morales y compromisos fundamentales de la propia comunidad, esto es, un origen legítimo.²³

Hay sin embargo, casos tan complejos que enfrentan a los jueces a más de una respuesta correcta bajo la ECC, ante lo cual Waluchow sugiere que los jueces deberían desarrollar las normas de ECC caso por caso de manera acumulativa y atendiendo a la moral relevante. Esto sin embargo, vuelve a amenazar la legitimidad democrática de las decisiones de los jueces, pues al construir la ECC los jueces no están siguiendo estándares pre-establecidos por autoridades con legitimidad democrática sino determinando por sí mismos tales estándares.

²³ Waluchow, Wilfrid, “Sobre la neutralidad del razonamiento conforme a una carta de derechos”, en Ferrer Beltrán, Jordi *et al.* (eds.), *Neutralidad y teoría del derecho*, *cit.*, p. 319.

REVIEW ESSAYS

Ante el reto, el autor sugiere la posibilidad de que el proceso de construcción de la ECC se lleve a cabo a través de un modelo de razonamiento caso por caso en el que tal desarrollo discrecional elaborado por los jueces puede aun volverse fiel a los compromisos fundamentales de la democracia liberal restringiendo a los jueces el tipo de razones que pueden emplear.²⁴

El problema central de este planteamiento se origina en la idea equivocada de la discreción como la completa ausencia de restricción sumada al pluralismo razonable que existe acerca de asuntos morales. Dicho problema consiste en que existan demasiadas razones plausiblemente buenas para construir normas de ECC y ningún mecanismo para adjudicar entre ellas de forma neutral.

Waluchow encuentra la solución al problema en la noción de “razón pública” entendida como la razón común de una sociedad democrática liberal, como “una manera de formular sus planes, de colocar sus finalidades en orden de prioridades y de tomar sus decisiones en concordancia con esto”.²⁵ Una razón pública —aquella a la que ningún objetor razonable podría oponerse teniendo en cuenta su deber de civilidad— es una base legítima para las construcciones discrecionales de ECC en casos sobre declaraciones de derechos.

La discusión, no obstante, sigue abierta dado que las razones públicas sufren de la misma indeterminación que se ha cuestionado desde el principio, lo cual significa que aun restringiendo a los jueces a emplear razones públicas deberán ejercer su discreción al escoger un balance razonable y en todo caso ¿cómo una fuente indeterminada puede ayudar a determinar la ECC?

La respuesta a esta objeción es que invocar razones públicas es el último recurso de los jueces pero además la elección que se haga ha de ser compatible con todas las concepciones (incluso las disidentes) al ser al menos no irrazonable y consistente con la razón pública. Al final del día, la decisión de un juez que es un intento genuino de encontrar el balance adecuado en términos de ECC o si esto falla, en términos de una construcción de ECC justificada por razones públicas, es una decisión que puede considerarse buena por cualquier ciudadano razonable.

²⁴ *Ibidem*, p. 323.

²⁵ *Ibidem*. p. 327.

RESEÑAS

XIII. IDEALES, PRÁCTICAS Y CONCEPTOS EN LA TEORÍA DEL DERECHO.

BRIAN BIX

Este artículo ofrece un panorama general de los diferentes enfoques teóricos acerca de la naturaleza del derecho, con un énfasis en la justificación y valor de las teorías basadas en ideales u objetivos. El autor comienza mostrando lo problemático que resulta identificar qué comprende la palabra “derecho” en una teoría del derecho: un sistema, varios sistemas y cuáles son sus límites, por ejemplo.

No obstante, teorizar en torno al concepto de derecho ha sido una metodología ampliamente utilizada, la cual se propone explicar *nuestro* concepto de derecho —entendiendo al concepto como una categoría del pensamiento— que consiste en identificar lo que está contemplado dentro de una categoría a través de las propiedades esenciales y necesarias del objeto de estudio en cuestión.

Existen teorías que sostienen que las prácticas que describimos sirven a un propósito humano el cual es importante para una explicación adecuada de la práctica. A lo largo del trabajo, Brian Bix explica algunas teorías destacadas que fueron construídas como alguna variante de un ideal, paradigma u objetivo, tal es el caso de las teorías de Nigel Simmonds, Mark Greenberg, Robert Alexy, Lon Fuller, Ronald Dworkin y John Finnis.

Los múltiples aspectos del derecho dificultan la posibilidad de que una sola teoría capture su naturaleza, esto explica que haya diferentes teorías explicando partes del derecho habida cuenta de que el derecho es descriptivo y prescriptivo (en términos de Finnis). Bix examina algunas objeciones planteadas tanto a las teorías sobre ideales u objetivos en el derecho como al análisis conceptual para conducirnos a dos conclusiones contundentes.

La primera conclusión considera que subsisten desacuerdos fundamentales en la filosofía jurídica que cuestionan nuestra capacidad para elegir la teoría más adecuada así como para determinar si nuestras teorías son en realidad descripciones, construcciones o el descubrimiento de un ideal. Esto podría sugerir que las teorías que explican la práctica objeto del concepto podrían ser complementadas por otras teorías que cumplen un papel distinto, a saber, las que provienen de la antropología, la sociología, la historia o la filosofía.

REVIEW ESSAYS

La segunda conclusión es que distintas teorías del derecho consideran distintos aspectos y propósitos, por lo tanto cada una captura verdades básicas diversas acerca del derecho y por lo tanto, es posible que no haya forma de elegir entre la mejor o la más correcta entre todas las teorías.

XIV. EL MODELO CIENTÍFICO DE LA TEORÍA DEL DERECHO.

DAN PRIEL

Dan Priel centra su trabajo en el análisis y crítica de lo que denomina el *método científico de la teoría del derecho* (MCTD) cuyos autores paradigmáticos son John Austin y H. L. A. Hart. Siguiendo una división entre objetivos científicos, teorías y metodologías, atribuye al MCTD el rechazo a los métodos de las ciencias naturales y el respaldo a algunos de sus objetivos y se ocupa de mostrar que se trata de un programa de investigación insostenible.

Priel identifica cuatro presupuestos que sustentan el MCTD: 1) el presupuesto de la neutralidad valorativa; 2) el presupuesto de que la filosofía del derecho está interesada en la estructura profunda del derecho; 3) la idea de que existen distintas explicaciones en disputa; 4) el presupuesto de acuerdo sobre el objeto de investigación. Cuando los teóricos conceptuales del derecho trabajan, su labor se asemeja a la de un científico, en la medida en que tratan de proporcionar una descripción sin tomar postura sobre si es bueno o malo y descubrir su estructura profunda, en términos de los presupuestos señalados.

La tesis central sostiene que los cuatro supuestos del MCTD son mutuamente contradictorios. El primer problema es la determinación del objeto de investigación, ya que cualquier explicación descriptiva del objeto de investigación viene después de “elegir” dicho objeto, esto significa que los teóricos “asumen” que como miembros de la sociedad y usuarios del lenguaje son capaces de identificar claramente qué es el derecho antes de teorizar. Se parte del supuesto —según Hart— que las actitudes de la gente culta sirven como parámetro de identificación, sin embargo tal presupuesto puede ser falso.

RESEÑAS

Además de esta objeción principal, sobreviene aquella que sostiene que los supuestos son mutuamente contradictorios: al cumplir el presupuesto de la neutralidad evaluativa al precio de ofrecer sólo una definición de diccionario, o bien se cumple el presupuesto 2) al precio de que la explicación sea histórica o sociológica (particular), o bien una tercera posibilidad en la que se cumplen 2), 3) y 4) al precio de incumplir 1).

En esta línea de argumentación, otro de los objetivos centrales del ataque de Priel al MCTD son los juicios de importancia, empleados como la estrategia para asegurar el presupuesto de neutralidad valorativa, ya que tales juicios “son subjetivos, y como tales son incapaces de generar conclusiones que puedan ser la base de desacuerdos racionales”.²⁶

Así, en un ataque directo a la labor descriptiva del MCTD, Priel sostiene la existencia de al menos cuatro formas viables de llevar a cabo la descripción de prácticas sociales: hacer definiciones estipulativas, descripciones superficiales de diccionario, descripciones originadas en las actitudes de las personas que muestran correlación entre distintos factores y la práctica, o bien en el enfoque interpretativo donde la práctica se interpreta a la luz de ciertos valores. Se advierte finalmente, que el MCTD no se encuentra fuera del derecho y por supuesto, no se considera como una de las formas viables que considera el autor para llevar a cabo la descripción de prácticas sociales.

XV. METODOLOGÍA DE LA TEORÍA DEL DERECHO: ¿ES POSIBLE UNA INTERPRETACIÓN PURA?

KEVIN WALTON

¿Es posible explicar un comportamiento *sin* hacer referencia a normas morales? Es la pregunta central en torno a la cual giran los argumentos de este trabajo para examinar la posibilidad de una metodología en la teoría del derecho moralmente neutra y pura.

Walton explica diversos enfoques interpretativos atribuidos a la teoría del derecho de Hart en *El concepto de derecho* —considerada

²⁶ Priel, Dan, “El modelo científico de la teoría del derecho”, en Ferrer Beltrán, Jordi *et al.* (eds.), *Neutralidad y teoría del derecho*, *cit.*, p. 374.

REVIEW ESSAYS

paradigmática— para mostrar cómo opera cada uno de ellos. En términos amplios, identifica la filosofía como lexicografía, con una interpretación moralista o con la interpretación pura comprometido sólo con normas metateóricas.

En términos de la explicación, Walton señala que parte de la labor de los filósofos es interpretar las creencias de los participantes para analizar el concepto objeto de estudio y aislar de este modo lo significativo del concepto. Esta operación implica un proceso de evaluación, la cual puede ser de distintos tipos: moral y pura (no moral); mientras que el primer tipo de evaluación involucra valores morales, el segundo tipo emplea únicamente normas metateóricas como claridad, coherencia, congruencia y exhaustividad.

En términos de Julie Dickson, se niega la posibilidad de que las normas metateóricas sirvan como alternativa para seleccionar los elementos importantes del derecho, pues dichas normas sólo se relacionan con la comunicación efectiva de la teoría. En contraposición, el autor considera que dado que la comunicación eficaz depende de algo más que de las normas metateóricas éstas podrían jugar un papel más importante también a nivel de validez de la teoría.

En esta línea, Walton critica desde diversos ángulos la evaluación indirecta desarrollada por Julie Dickson y considera que omitir señalar los valores no morales (adicionales y distintos a las normas metateóricas) con los que se pueda identificar los elementos importantes de la práctica jurídica resulta devastador para su crítica de la evaluación directa. A continuación, se enfrentan los principales argumentos ofrecidos por los detractores del análisis puro proporcionando argumentos en su defensa. La conclusión revela que ninguno de los argumentos ofrecidos a favor de la interpretación moral demuestran su necesidad. Finalmente, aunque el autor muestra su rechazo contundente al recurso a valores morales en la interpretación de la práctica jurídica, indica que se trata de una conclusión provisional.

XVI. OBSERVACIONES ACERCA DE LA NEUTRALIDAD
EN LA TEORÍA DEL DERECHO

A lo largo de la obra se advierte un genuino interés compartido por los autores en la clásica distinción entre teoría del derecho nor-

RESEÑAS

mativa y descriptiva, usualmente empleado para caracterizar por una parte la metodología que considera necesarios los elementos morales para explicar el derecho, en contraposición a la metodología jurídica que no los considera necesarios al adscribirle un carácter descriptivo o moralmente neutral.

Existe una preocupación o interés generalizado en la filosofía del derecho por determinar si es relevante o no para la comprensión del derecho la metodología con la que se estudie y por mantener discusiones en torno a ella. Algunos teóricos proporcionan explicaciones que sustentan posturas descriptivas, algunos otros posturas normativas, mientras que otros más critican ambos enfoques promoviendo una tercera postura. Sin embargo, un buen número de discusiones contemporáneas giran en torno a esa idea central, que es el núcleo de esta obra.

Particularmente, me interesa abordar la afirmación de Jules Coleman acerca de la caracterización de Raz como un positivista sustantivo y normativista metodológico simultáneamente,²⁷ ya que si bien Raz postula la idea de que el estudio de la naturaleza del derecho debe abordarse a través de la autoridad legítima, caben algunos comentarios y precisiones al respecto no consideradas en el texto.

La primera precisión gira en torno a lo que podría leerse como la idea de que la autoridad legítima se aborda como un elemento previo y desvinculado del concepto de derecho. Un segundo comentario va encaminado a clarificar en qué sentido el trabajo de Raz puede denominarse “metodológicamente normativo”. La tercera precisión pretende caracterizar el tipo de metodología empleada por Raz, observaciones que espero aporten luz en el contexto del argumento de Coleman y descarten cualquier asociación errónea a la teoría que pudiera surgir.

La denominación de Coleman de la teoría de Raz como metodológicamente normativa se refiere a la necesidad de emplear la noción de la autoridad legítima para explicar la naturaleza del derecho, es decir que en términos de la teoría jurídica planteada “debe” abordarse el problema de la naturaleza del derecho mediante un elemento de filosofía política: la autoridad legítima. Mientras que

²⁷ Coleman, *op. cit.*, p. 135.

REVIEW ESSAYS

los postulados sustantivos (contenido) de la teoría jurídica de Raz son descriptivos, en tanto pretenden mostrar el derecho tal y como es, libres de valoraciones morales, la estructura metodológica que la respalda descansa en la necesidad de abordar el derecho a través de la tesis de la autoridad legítima, la cual se ha de abordar antes que la naturaleza del derecho por lo que el carácter “normativo” que se asocia a su metodología está así delimitado.

Siguiendo esa línea, la lectura que hace Coleman apunta a que la autoridad legítima se trata en Raz como un aspecto previo y separado de la explicación del concepto de derecho. Al respecto, Joseph Raz ha explicado que el concepto de autoridad es parte de su teoría debido al papel central que éste juega en el razonamiento práctico,²⁸ esto a su vez implica que no somos libres de escoger o inventar la teoría más beneficiosa o la mejor teoría en términos morales, pues el papel de las teorías jurídicas es contribuir a mejorar nuestra comprensión de la sociedad al hacer explícitos los elementos que los propios usuarios consideran importantes.²⁹

El concepto de autoridad es parte de nuestro concepto de derecho, el derecho implica el concepto de autoridad, como parte integrante de la forma en la que las personas comprenden sus propias acciones, evalúan las de otros y conceptualizan la realidad social. No es pues que se estudie primero la autoridad y luego al derecho sino que el estudio del derecho implica la comprensión de la autoridad que se muestra como un elemento distintivo en la forma en la que lo vivimos.

Por otra parte, la metodología empleada en la teoría raziana se explica adecuadamente como una teoría jurídica de evaluación indirecta. Las teorías analíticas como la de Joseph Raz intentan explicar las condiciones necesarias que hacen del derecho lo que es y se componen de proposiciones necesariamente verdaderas que explican adecuadamente la naturaleza del derecho.³⁰ Es con esta idea

²⁸ Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*, Nueva York, Clarendon Press, 1986, p. 63.

²⁹ Raz, Joseph, *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Nueva York, 1994, p. 237.

³⁰ Dickson, Julie, *Evaluación en la teoría del derecho*, trad. de Juan Vega Gómez, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 21.

RESEÑAS

en mente que conviene traer a colación el normativismo metodológico que Coleman atribuye a Raz, asociado a una “moralidad política sustantiva”.³¹

En efecto, Joseph Raz ha explicado que la tesis de la autoridad legítima es simultáneamente una tesis explicativa y normativa. Es normativa en el sentido que instruye a las personas acerca de cómo tomar las directivas de la autoridad, proporciona las condiciones para reconocer a una autoridad legítima y para indicar la forma en la que las autoridades deben conducirse,³² por esto es que dicho concepto no necesariamente se corresponde a la perfección con la noción que todos tienen de autoridad.³³ Es explicativa porque describe y hace explícito lo que las personas consideran importante en el concepto de autoridad legítima.

Hay una interdependencia entre lo conceptual y lo normativo del argumento. Identifica y explica el concepto llevando a cabo juicios de valor acerca de aquello que resulta importante en él, dichos juicios son evaluativos —no meramente descriptivos— al evaluar qué es importante y relevante de una práctica social pero un juicio evaluativo no es necesariamente un juicio acerca del mérito moral de algo.³⁴ Esto significa que la normatividad en la teoría de la autoridad legítima no es moral.

Al respecto Julie Dickson ha señalado que la tradicional distinción entre teorías normativas-evaluativas vs. teorías conceptuales-descriptivas es poco afortunada y puede generar confusión debido a la asociación indebida que se hace de lo descriptivo como libre de valoración y de lo normativo como vinculado a lo moral.³⁵ Contrario a la creencia general, Dickson explica que en la teoría jurídica de evaluación indirecta (teorías conceptuales-descriptivas) los teóricos sí llevan a cabo juicios evaluativos para determinar qué es lo importante o significativo de la práctica social que explican, basados en las creencias, actitudes y comportamiento de los participantes.³⁶

³¹ Coleman, *op. cit.*, p. 135.

³² Raz, *The Morality of Freedom*, *cit.*, p. 63.

³³ *Ibidem*, p. 65.

³⁴ Raz, *Ethics in the Public Domain*, *cit.*, pp. 235 y 237.

³⁵ Dickson, *op. cit.*, p. 43.

³⁶ *Ibidem*, pp. 41-45 y 55-57 .

REVIEW ESSAYS

Esta precisión descarta únicamente la evaluación moral como parte de las herramientas teóricas empleadas en la filosofía analítica del derecho. De esta forma queda claro que la metodología raziana puede denominarse normativa en el sentido indicado pero también que esa misma metodología tiene las características de evaluación indirecta, con lo cual el lector cuenta con los elementos para no caer en asociaciones equivocadas al respecto.

Ahora bien, en una línea semejante, Kevin Walton se refiere a la evaluación indirecta y elabora varias críticas en torno a ella, principalmente rechaza la postura de Julie Dickson en lo tocante a que las normas metateóricas funcionan únicamente a nivel estructural de la teoría y no a nivel sustantivo y por otra parte, critica la falta de identificación —por parte de Dickson— de otros principios no morales a los cuales hacer referencia en la construcción sustantiva de la teoría.³⁷

Es muy probable que esté ocurriendo aquello que Dickson advertía en su obra de 2001 y esto es que la postura que explica sea objeto de una confusión y no se caracterice adecuadamente.³⁸ Primero es preciso señalar que Dickson se refiere a la sencillez, claridad, elegancia, exhaustividad y coherencia como virtudes que cualquier teoría intenta satisfacer para comunicar eficazmente el contenido sustantivo que propone y denomina tales elementos “valores netamente metateóricos”.³⁹

Los valores metateóricos no se ocupan de las tesis sustanciales de la teoría sino de la óptima comunicación de la misma, y por lo tanto, son independientes del contenido de la teoría; se trata de la naturaleza de las teorías en general y no de la naturaleza de la información específica que aborda la teoría.⁴⁰ Esta explicación muestra por qué la evaluación a nivel metateórico es “trivial” y muestra por qué no opera a nivel sustantivo como Walton sugiere.

Pensemos que adquirimos una bicicleta en partes y tenemos que armarla. El instructivo nos indicará qué partes lleva una bicicleta

³⁷ Walton, *op. cit.*, p. 397.

³⁸ Dickson, *op. cit.*, p. 13.

³⁹ *Ibidem*, p. 41.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 44.

RESEÑAS

y cómo han de ensamblarse entre sí para que funcione adecuadamente, nos explica los elementos que tiene la bicicleta a nivel estructural, técnicamente a ese nivel, toda bicicleta cuenta con los mismos elementos estructurales para que se le reconozca como un ejemplar. No obstante, ese instructivo con sus elementos, no proporciona ninguna información acerca de la práctica de andar en bicicleta, no habla acerca del equilibrio que requiere, de la relación entre éste y la velocidad, de la necesidad de ajustar las velocidades dependiendo de la inclinación del terreno o de la velocidad que se adquiera, etcétera, estos últimos diríamos son temas sustantivos en torno a la bicicleta, no estructurales.

Aun concediendo la posibilidad, no veo cómo la sencillez, claridad, elegancia, exhaustividad o coherencia por sí mismos puedan decirnos algo acerca del contenido de una teoría. Lo que sí ocurre es que los juicios evaluativos en las teorías del derecho van más allá del nivel metateórico y se pronuncian sobre la información recabada acerca de las prácticas sociales que intentan explicar.⁴¹

En ese sentido, considero que la primer crítica de Walton a Dickson es infundada y surge de una comprensión equivocada de la tesis de la evaluación indirecta, al insistir en que los valores metateóricos cumplen también un papel sustantivo o de validez de las teorías ya que su crítica se basa en la confusión de dos niveles de discusión distintos. El autor confunde el nivel estructural o “trivial” de la teoría que no se involucra con el contenido de la misma y el nivel sustantivo que sí se ocupa de su contenido.

Por otra parte, la crítica a Dickson por la falta de identificación de otros principios no morales (además de los valores metateóricos) a los cuales hacer referencia en la construcción sustantiva de la teoría, desde mi perspectiva carece de sustento. Esto porque la tesis de evaluación indirecta señala que la forma de identificar y seleccionar los elementos de la teoría es atendiendo a aquello que los participantes de la práctica consideran de importancia y relevancia.⁴²

¿Cómo se lleva a cabo tal identificación? Primero, el teórico ha de enfocarse en aquellas características que distinguen al derecho

⁴¹ *Ibidem*, p. 48.

⁴² Raz, *Ethics in the Public Domain*, cit., p. 237; Dickson, *op. cit.*, p. 67.

REVIEW ESSAYS

como una forma especial de organización social. Segundo, el teórico puede concentrarse en aquellas características que son invariablemente exhibidas por el derecho que además revelan su carácter distintivo y la forma en que opera. Tercero, al concentrarse en dichas características lo hará considerando el punto de vista (interno) de las personas que se conducen por el derecho. Cuarto, el teórico puede ubicar aquellas características que tienen alguna relación o impacto en el razonamiento práctico de las personas, independientemente de nuestras creencias. Por lo anterior, considero que Dickson proporciona en su obra la respuesta precisa a la crítica que se plantea.⁴³

Así pues, confío en que esta breve reseña proporcione al lector un panorama general de las tesis centrales que se analizan en *Neutralidad y teoría del derecho* y sirva como una invitación a su lectura y análisis, así como un medio para acercarse a importantes colaboraciones y trabajos desarrollados por los diversos colaboradores que intervinieron en esta obra.

A manera de reflexión final en torno a esta obra, quisiera enfatizar que el hecho de que existan investigaciones en torno a la posibilidad de la neutralidad en la teoría del derecho revela que se trata de un tema de importancia actual, no olvidada, eliminada o relegada en tanto sigue siendo objeto de múltiples defensas y críticas y aunque muchos consideran que la discusión de estos temas no aporta nada a la filosofía del derecho, parece sin embargo que la réplica y contraréplica al respecto han conducido a los teóricos a afinar y profundizar sus argumentos aportando una mayor claridad a sus tesis y con ello a nuestra comprensión del derecho.

Sandra GÓMORA JUÁREZ*

⁴³ *Ibidem*, pp. 75-77.

* Candidata a doctora por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
sandygj.mb@gmail.com.