JORDI FERRER BELTRÁN
JOSÉ JUAN MORESO
DIEGO M. PAPAYANNIS
(Editores)

NEUTRALIDAD Y TEORÍA DEL DERECHO

Marcial Pons
MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2012

ÍNDICE

Pág.

PREFACIO 13

¿CÓMO SE DETERMINA EL OBJETO DE LA JURISPRUDENCIA?, por *Juan Carlos Bayón* 17

NECESIDAD, IMPORTANCIA Y NATURALEZA DEL DERECHO, por *Frederick Schauer* 41

ALEXY ENTRE EL POSITIVISMO Y EL NO-POSITIVISMO, por *Eugenio Bulygin* 61

1. DERECHO Y MORAL: POSITIVISMO JURÍDICO *VS*. NO-POSITIVISMO 61
2. ARGUMENTOS ANALÍTICOS Y NORMATIVOS 62
3. LA PERSPECTIVA DEL OBSERVADOR 63
4. LA PERSPECTIVA DEL PARTICIPANTE 66
5. DECISIONES JUDICIALES Y OPINIONES DEL JUEZ 67
6. LA PRETENSIÓN DE CORRECCIÓN 69
7. COINCIDENCIAS Y DIFERENCIAS ENTRE EL POSITIVISMO Y EL NO-POSITIVISMO 72

BIBLIOGRAFÍA 73

¿ENTRE POSITIVISMO Y NO POSITIVISMO? TERCERA RÉPLICA A EUGENIO BULYGIN, por *Robert Alexy* 75

1. ARGUMENTOS NORMATIVOS Y EL CONCEPTO DE DERECHO .. 75

Pág.

2. LA PERSPECTIVA DEL OBSERVADOR 78
3. LA PERSPECTIVA DEL PARTICIPANTE 81
4. CONSTRUCCIÓN —UNA DISCUSIÓN 84
5. LA PRETENSIÓN DE CORRECCIÓN: DOS ASPECTOS 85
6. EL NO-POSITIVISMO INCLUSIVO 89

BIBLIOGRAFÍA 91

LA ARQUITECTURA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO, por *Jules Coleman* 93

INTRODUCCIÓN 93

1. EL SABER POPULAR Y LA TESIS DE LA SEPARABILIDAD 94

1.1. Su importancia en el saber popular 94
1.2. Su contenido 95

2. EVALUACIÓN DEL SABER POPULAR: LA TESIS DE LA SEPARABILIDAD 99

2.1. ¿Es adecuada la tesis de la separabilidad para distinguir el positivismo del iusnaturalismo? La posibilidad del derecho inmoral .. 99
2.2. El punto de vista interno y el punto de vista del derecho 111
2.3. ¿Es adecuada la tesis de la separabilidad para distinguir el positivismo del iusnaturalismo? Las condiciones de existencia de un sistema jurídico 119
2.4. ¿Es la tesis de la separabilidad esencial para el positivismo jurídico? 123

3. LA METODOLOGÍA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO 125

3.1. ¿En qué sentido la teoría normativa del derecho es normativa? ... 126
3.2. ¿«Van de la mano» las visiones iusfilosóficas sustantiva y metodológica? 132

4. LA VERDAD ACERCA DEL POSITIVISMO Y LA TESIS DE LA SEPARABILIDAD 135

4.1. Los jueces también son personas 140
4.2. La moral y la importancia del derecho 141
4.3. Del derecho al positivismo acerca del derecho 142
4.4. Una ampliación del argumento 145

5. ¿QUÉ OCURRE CON EL POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE? 146

5.1. Positivismo excluyente y derecho natural: restaurados 148
5.2. Positivismo jurídico excluyente e incluyente: restaurados 148

Pág.

6. SE TRATA DE LA METAFÍSICA —TAL VEZ 155

6.1. ¡Nuevo personaje, misma historia! 155
6.2. ¡Algo está pasando! 158
6.3. Un nuevo día 160

7. UN NUEVO COMIENZO 171

7.1. El contenido del derecho y la semántica jurídica 171
7.2. El problema de Hume 172
7.3. Directivas y razones 173
7.4. La importancia del derecho 174

BIBLIOGRAFÍA 176

NORMAS, VERDAD Y ENUNCIADOS ACERCA DEL DERECHO, por *Jorge L. Rodríguez* 179

1. INTRODUCCIÓN 179
2. NORMAS Y PROPOSICIONES NORMATIVAS 181
3. EL PROBLEMÁTICO CARÁCTER DE LOS ENUNCIADOS JURÍDICOS 187
4. PROPOSICIONES NORMATIVAS, CONCEPCIONES DE LAS NORMAS Y CONSECUENCIAS LÓGICAS 194

BIBLIOGRAFÍA 203

***JURISTENRECHT.* INVENTANDO DERECHOS, OBLIGACIONES Y PODERES,** por *Riccardo Guastini* 207

1. *EXPOSITORY* VS. *CENSORIAL JURISPRUDENCE* 207
2. CIENCIA JURÍDICA *VS*. DOCTRINA 209
3. LOS COMPONENTES FUNDAMENTALES DE LA DOCTRINA. 210
4. INTERPRETACIÓN 211
5. CONSTRUCCIÓN JURÍDICA 213
6. NORMAS IMPLÍCITAS 215
7. CONCRETIZAR PRINCIPIOS 219
8. PRODUCCIÓN DE NORMAS POR MEDIO DE NORMAS 220

BIBLIOGRAFÍA 221

EL PROBLEMA DE LA DEMARCACIÓN EN LA TEORÍA DEL DERECHO: UNA RAZÓN MÁS A FAVOR DEL ESCEPTICISMO, por *Brian Leiter* 223

BIBLIOGRAFÍA 241

Pág.

POSITIVISMO JURÍDICO NORMATIVO, NEUTRALIDAD Y ESTADO DE DERECHO, por *Bruno Celano* 243

1. INTRODUCCIÓN 243
2. POSITIVISMO JURÍDICO NORMATIVISTA 244
3. EL ESTADO DE DERECHO 251
4. NEUTRALIDAD (I): ESTABILIDAD DE EXPECTATIVAS MUTUAS 253
5. ESTADO DE DERECHO ILUMINISTA 259
6. NEUTRALIDAD (II): LA INHERENTE NEUTRALIDAD DE LAS PRESCRIPCIONES 263
7. CONCLUSIÓN 273

BIBLIOGRAFÍA 275

¿QUÉ ES EL DERECHO (Y POR QUÉ DEBERÍA IMPORTARNOS)?, por *Scott Shapiro* 279

1. ¿QUÉ ES LA TEORÍA DEL DERECHO? 279
   - 1.1. Teoría del derecho: normativa y analítica 280
   - 1.2. ¿Qué significa «¿qué es el derecho?» 282
2. «DERECHO» 283
3. LA NATURALEZA DE UN OBJETO 287
4. LA ESTRUCTURA DEL MUNDO SOCIAL 289
5. ANÁLISIS CONCEPTUAL 292
   - 5.1. Verdades obvias 292
   - 5.2. Verdades obvias acerca del derecho 294
   - 5.3. Los desacuerdos en el análisis conceptual 295
6. ¿POR QUÉ PREOCUPARSE? 298
7. LOS ELEMENTOS FUNDAMENTALES DE LOS HECHOS JURÍDICOS 302
   - 7.1. Positivismo jurídico y derecho natural 304
   - 7.2. Denominaciones 308
8. CONCLUSIÓN 310

BIBLIOGRAFÍA 310

SOBRE LA NEUTRALIDAD DEL RAZONAMIENTO CONFORME A UNA CARTA DE DERECHOS, por *Wilfrid Waluchow* 313

1. EL PROBLEMA CENTRAL 313
2. RAZONES PÚBLICAS 326
3. ¿POR QUÉ LA RAZÓN PÚBLICA? 332

Pág.

4. ¿NUEVAMENTE INDETERMINACIÓN? 334

BIBLIOGRAFÍA 340

IDEALES, PRÁCTICAS Y CONCEPTOS EN LA TEORÍA DEL DERECHO, por *Brian Bix* 343

1. PRÁCTICAS Y CONCEPTOS 344
2. TEORÍAS BASADAS EN IDEALES, PARADIGMAS O TELEOLOGÍA 347

2.1. Nigel Simmonds 347
2.2. Mark Greenberg 348
2.3. Robert Alexy 349
2.4. Lon Fuller 350
2.5. Ronald Dworkin 351
2.6. John Finnis 352

3. UNA REVISIÓN DE LA NATURALEZA Y OBJETIVOS DE LAS TEORÍAS DEL DERECHO 353

3.1. Dos aspectos del derecho 353
3.2. Ideales y teleologías 354
3.3. ¿Una Ciencia del Derecho? 355
3.4. Respuestas y críticas 355

4. CONCLUSIÓN 357

BIBLIOGRAFÍA 359

EL MODELO CIENTÍFICO DE LA TEORÍA DEL DERECHO, por *Dan Priel* 361

1. ¿QUÉ ES EL MCTD? 364
2. EVALUANDO EL MCTD 366

2.1. Los desafíos del MCTD 366
2.2. Posibles objeciones 373

3. ¿EL ARGUMENTO DEMUESTRA DEMASIADO? 377
4. OBSERVACIONES FINALES 378

BIBLIOGRAFÍA 379

METODOLOGÍA DE LA TEORÍA DEL DERECHO: ¿ES POSIBLE UNA INTERPRETACIÓN PURA?, por *Kevin Walton* 383

BIBLIOGRAFÍA 404

PREFACIO

El volumen que usted, lector, tiene entre las manos es el resultado de un congreso muy especial, celebrado en Girona en mayo de 2010, y que tuvo como pregunta principal si es posible una teoría neutral del derecho; o, dicho de otro modo, cuál es la relación entre la teoría del derecho y los valores. No pretendemos aquí desarrollar teóricamente, ni siquiera de forma somera, un argumento sobre el tema de este libro, lo que nos llevaría con seguridad mucho más espacio del que goza este prefacio. Sí, en cambio, nos gustaría dar cuenta del contexto en que se ideó este libro y el congreso que le dio origen.

En el año 2004 se publicaron los primeros volúmenes de la colección Filosofía y Derecho, de este sello editorial. Iniciamos entonces un proyecto mucho menos ambicioso que aquel que los resultados nos ilustran a día de hoy. Puede decirse que el mundo editorial de finales del siglo XX y principios del XXI está en un *impasse,* entre el papel y el soporte digital, entre lo local y lo global, entre lo comercial y lo cultural, en el que suelen aún primar los primeros elementos de cada una de las parejas. Y, por ello, no parecía éste un contexto demasiado halagüeño para iniciar una colección filosófica. Sin embargo, en 2008, sólo cuatro años después, los estantes de las librerías acogían ya cerca de cuarenta volúmenes de la colección. En ese momento, con el inestimable apoyo de Juan José Pons, hijo de Marcial, pusimos en marcha la idea de organizar un congreso internacional que sirviera para celebrar la publicación del volumen número 50 y que uniera en la discusión de un mismo tema las perspectivas iusfilosóficas de corte continental y anglosajona. Dado que esa mezcla era ya una seña de identidad de la propia colección, decidimos invitar a algunos de los autores de la colección para fungir de ponentes en el evento. Todos los

invitados, sin excepción, aceptaron la propuesta, que se concretó en un congreso en Girona, en mayo de 2010.

Durante los tres días del Congreso, la Universidad de Girona se convirtió en punto de encuentro para más de trescientos investigadores, jueces y otros especialistas interesados por la filosofía del derecho, procedentes de Alemania, Argentina, Australia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Dinamarca, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Holanda, Inglaterra, Italia, México, Panamá, Perú, Portugal, República Dominicana, Rumania, Uruguay y Venezuela, entre otros países. Las ponencias estuvieron a cargo de los profesores Robert Alexy, Juan Carlos Bayón, Brian Bix, Eugenio Bulygin, Bruno Celano, Jules L. Coleman, Riccardo Guastini, Brian Leiter, Jorge L. Rodríguez, Frederick Schauer, Scott Shapiro y Wilfrid Waluchow. Después de una cuidadosa revisión, en la que los autores se hicieron cargo de las observaciones recibidas en los debates, publicamos ahora todas las ponencias, con la excepción de la de Scott Shapiro, que corresponde al primer capítulo de su libro *Legality,* de próxima aparición en castellano en esta misma colección.

Cuando el libro resultante de esas ponencias y sus consiguientes discusiones sale ahora a la luz la colección Filosofía y Derecho cuenta ya con cerca de setenta títulos, lo que muestra la fortaleza de la apuesta realizada por la editorial. Entre los volúmenes publicados, se cuentan libros de filosofía jurídica, política y moral, como es habitual en nuestra disciplina, pero también una marcada línea analítica en lo metodológico y un intento de incorporar al acervo cultural en lengua castellana una parte de la literatura iusfilosófica anglosajona e italiana, principalmente. En cuanto a los contenidos, buscamos también fomentar líneas de investigación no muy habituales en nuestra literatura jurídica: la filosofía del derecho procesal, constitucional, del derecho privado, etc. Es decir, aportar una perspectiva filosófica a los problemas jurídicos de las distintas disciplinas dogmáticas; combinar, en otras palabras, la filosofía del derecho de los juristas y la filosofía del derecho de los filósofos.

Al elegir el tema de trabajo, por último, consideramos que el abordaje del problema de la neutralidad valorativa de la teoría del derecho tenía dos razones principales a su favor. Por un lado, se trata de un tema metodológico que cruza o se presupone en buena parte de los trabajos publicados en la colección. Algunas veces, es cierto, se da por supuesta, incluso como obvia, una respuesta favorable o contraria a la posibilidad de desarrollar una teoría del derecho neutral. Otras, se problematiza la cuestión, con uno u otro resultado. Pero finalmente resulta una cuestión ineludible de la que una teoría del derecho deberá partir o a la que deberá llegar. La segunda razón, claramente vinculada a la primera, es que se trata de un tema central en la discusión

iusfilosófica del siglo XX y principios del XXI, tanto en el mundo anglosajón como en el de inspiración romano-germánica, por lo que resultaba especialmente oportuno para el debate entre algunos de los autores más relevantes de ambas tradiciones de las últimas décadas.

Todas estas circunstancias llevan a considerar el libro que ahora introducimos como un volumen especial, que estamos seguros que podrá aportar nuevos argumentos al debate iusfilosófico.

Jordi Ferrer Beltrán
José Juan Moreso
Diego M. Papayannis

¿CÓMO SE DETERMINA *EL OBJETO DE LA JURISPRUDENCIA*?

Juan Carlos Bayón
Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad Autónoma de Madrid

La teoría del derecho, qué duda cabe, puede ser y de hecho ha sido concebida y desarrollada de maneras muy diferentes, tanto en lo que se refiere a la selección y delimitación de su objeto como en cuanto a los métodos que se consideran apropiados para ocuparse del mismo. Entre las distintas formas de concebirla, una de las que han resultado más influyentes y duraderas es la propugnada por John Austin en *El objeto de la Jurisprudencia*[1]. Para Austin, como se sabe, de lo que había de ocuparse la teoría del derecho era de esclarecer «la esencia o naturaleza común de todas las leyes propiamente dichas», siendo precisamente ese cometido el criterio que había de servir para «trazar el límite que separa el ámbito de la jurisprudencia de las zonas que se encuentran en sus confines», esto es, el que en suma «determinaría» o vendría a demarcar *El objeto de la Jurisprudencia*[2].

---

[1] *El objeto de la Jurisprudencia* es el título con el que ha sido traducida al castellano, en excelente versión de Juan Ramón de Páramo, la obra fundamental de Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*: véase Austin [1832] 2002.

[2] *Ibid*.: 26. Es verdad que en «On the Uses of the Study of Jurisprudence» [publicado en 1863 y traducido al castellano por Felipe González Vicén con el título *Sobre la utilidad del estudio de la Jurisprudencia*] Austin afirma que entiende «por Jurisprudencia general la ciencia que expone los principios, nociones y distinciones *comunes* a los sistemas de Derecho; comprendiendo por sistema de Derecho aquellos sistemas más amplios y perfectos» (Austin [1863] 1981: 26-27; la cursiva es mía). Naturalmente, poner de relieve los rasgos *comunes* a un cierto conjunto de sistemas jurídicos (los «más amplios y perfectos»), o incluso los rasgos que sean comunes a cualquier sistema jurídico, no es lo mismo que dilucidar cuáles serían los rasgos *necesarios* o

Austin concibió la «jurisprudencia» o teoría del derecho, por consiguiente, como una disciplina de carácter descriptivo y general. De carácter *descriptivo*, puesto que su cometido consistiría en dar cuenta de lo que el derecho *es*: algo que, como se ha visto, sería tanto como captar su «esencia o naturaleza» y que en su opinión podía y debía hacerse sin que para ello hayamos de preguntarnos por su mérito o demérito desde el punto de vista moral[3]. Y de carácter *general*, puesto que lo que intentaría esclarecer es la naturaleza común de todo derecho «propiamente dicho», sin detener por tanto su atención en cualesquiera rasgos específicos o particulares (y, por tanto, contingentes o no esenciales) de tal o cual práctica social concreta entre aquellas que hubieran de considerarse con propiedad como sistemas jurídicos.

Desde la perspectiva de la filosofía contemporánea, el punto de vista de Austin en cuanto a la metodología de la teoría del derecho resulta desde luego ingenuo y escasamente refinado[4]. Y al margen de ello, por supuesto, tras la crítica demoledora de Hart ya es una opinión común y suficientemente asentada que la específica respuesta que daba Austin a la cuestión de qué es lo que habría de ser considerado como la «esencia o naturaleza» del derecho incurre en cualquier caso en dificultades más que serias[5]. Pero, a pesar de todo ello, lo que sí ha resultado notablemente duradero en la tradición analítica es la idea misma de que construir una teoría del derecho es una empresa de carácter descriptivo y general cuyo objetivo consiste en esclarecer la naturaleza del derecho, es decir, en identificar las propiedades necesarias (o «esenciales») que algo ha de tener para poder contar como derecho.

En efecto, entre los más destacados exponentes contemporáneos del positivismo jurídico seguimos encontrando la presuposición fundamental de que esa es precisamente la forma correcta de entender el propósito de la teoría del derecho, con independencia de que ahora pueda venir encuadra-

---

esenciales que hacen que algo sea un sistema jurídico. Pero añade de inmediato: «De los principios, nociones y distinciones que constituyen el objeto de la Jurisprudencia general, algunos pueden ser considerados *necesarios*, ya que no podemos imaginarnos coherentemente un sistema de Derecho —es decir, un sistema de Derecho desarrollado en una comunidad civilizada— sin pensarlos como partes constitutivas de él» (Austin [1863] 1981: 27; la cursiva es mía). Y unas pocas páginas más adelante afirma con aplomo: «Para nosotros, la Jurisprudencia es la ciencia de lo que es *esencial* al Derecho» (Austin [1863] 1981: 36; la cursiva es mía).

[3] Véase Austin [1832] 2002: 188.

[4] Raz sostiene que las carencias del análisis de Austin derivan en última instancia de haber asumido equivocadamente que la investigación de la filosofía jurídica acerca de la naturaleza del derecho —que sería una investigación acerca del concepto Derecho— se resolvería sin más en una investigación acerca del significado del término «derecho» (véase Raz [1982] 2001: 212-213).

[5] Véanse, no obstante, Schauer, 2010 y Bix, 2011, que sostienen que la respuesta que se haya de dar a la pregunta de si, después de todo, la teoría del derecho de Austin debe o no considerarse fallida dependerá precisamente de cuáles sean nuestras presuposiciones acerca del cometido y la naturaleza de una teoría del derecho.

da en marcos filosóficos generales de notable sofisticación (bien lejos ya, ciertamente, de la simplicidad metodológica de AUSTIN) y cualesquiera que sean los contornos precisos de la teoría del derecho sustantiva que se acabe sosteniendo en cada caso. HART, por ejemplo, pretendió como es sabido haber sacado a la luz «dos condiciones necesarias y suficientes mínimas para la existencia de un sistema jurídico»[6] y sostuvo que la unión de reglas primarias y secundarias podía «ser considerada con justicia como la "esencia" del derecho»[7]. En una línea similar, RAZ mantiene que, a diferencia de lo que sucede con la sociología jurídica, una teoría filosófica del derecho se ocupa «de lo necesario y universal», de manera que «tiene que contentarse con aquellas pocas características que todos los sistemas jurídicos necesariamente poseen»[8]. Y también COLEMAN ha sostenido que «el proyecto descriptivo de la teoría del derecho consiste en identificar los rasgos esenciales o necesarios de *nuestro* concepto de derecho»[9].

---

[6] A saber: la aceptación por parte de los funcionarios de las reglas de reconocimiento que especifican los criterios de validez jurídica y de las reglas de cambio y adjudicación; y la obediencia generalizada por parte de los ciudadanos de las reglas de conducta válidas según el criterio de validez último del sistema (HART [1961] 1963: 145).

[7] HART [1961] 1963: 193 (donde añade que «aunque los dos tipos de reglas no siempre aparezcan juntos dondequiera se use correctamente la palabra derecho», la posición central que atribuye a la unión de ambas estaría de todos modos justificada en virtud de su «gran poder explicativo»). Se ha dicho a veces que, al menos en algún momento, el enfoque de HART en relación con el concepto de derecho, lejos de ser puramente descriptivo —como él subrayó y quiso dejar claro en el *Postscript*: cfr. HART [1994] 2000: 11-12—, estaba guiado más bien por consideraciones de naturaleza moral y política: véase, por ejemplo, DWORKIN [2006] 2007: 38 y 40, o MURPHY, 2008: 1095-96; defiende en cambio lo contrario DICKSON, 2004: 149-50 (aunque parece mostrarse menos segura al respecto en DICKSON, 2009: 164). Pero esa es una cuestión puramente exegética que no me interesa en este momento y que dejo por tanto a un lado.

[8] RAZ [1979] 1982: 137. Véase también, en el mismo sentido, RAZ [1996] 2009: 92 («[E]l carácter universal de las tesis de la teoría general del derecho es un resultado del hecho de que pretenden ser verdades necesarias y no pueden pretender ser menos que eso. [...] La pretensión de necesidad está en la naturaleza misma de la empresa»). Con todo, a decir verdad el punto de vista de Raz resulta algo más complejo, puesto que añade que una explicación del concepto de derecho «pone de manifiesto *algunos* de los rasgos necesarios o esenciales del derecho» (RAZ, [1998] 2009: 55; la cursiva es mía), habida cuenta de que entre las propiedades necesarias del derecho hay también algunas que carecen por completo de importancia e interés y que, en virtud de ello, no nos sirven en absoluto para alcanzar una comprensión adecuada de nuestro concepto de derecho (véase RAZ [1985] 2001: 255; RAZ [2003] 2009: 169; RAZ [2005] 2007: 48).

[9] COLEMAN, 2001a: 112 n. 24 (la cursiva es del original). En COLEMAN, 2001b: 173 afirma igualmente que la labor de la teoría analítica del derecho consiste en «descubrir verdades necesarias acerca de nuestro concepto de derecho». No obstante, el punto de vista de Coleman es algo más matizado. Para empezar, como también hace RAZ (véase *supra*, nota 8), insiste en que el objetivo del análisis conceptual es mostrarnos «algo interesante, importante o esencial acerca de la naturaleza del objeto que el concepto denota» (COLEMAN, 2001b: 179). Pero en COLEMAN y SIMCHEN, 2003: 40-41 va incluso más allá, diciendo ahora que «sería un error lamentable suponer que las únicas preguntas interesantes en teoría del derecho son las que tratan de identificar propiedades que comparten todos los sistemas de regulación por medio del derecho y sólo ellos», no sólo porque algunas de esas propiedades pueden ser carentes de interés, sino también porque «muchas propiedades que resultan centrales para nuestra comprensión del derecho no tienen por qué ser compartidas por todos los sistemas de regulación por medio del derecho» (*i. e.,* no tienen por qué

Pero esta idea nuclear y tan asentada en la tradición positivista, según la cual la teoría general del derecho debe ser concebida como una empresa puramente descriptiva dirigida al esclarecimiento de la naturaleza del derecho a través del análisis conceptual, ha sido sin embargo puesta en tela de juicio en las dos o tres últimas décadas desde diferentes ángulos. Tan diferentes, de hecho, que en realidad resulta desorientador caracterizar la discusión contemporánea pretendiendo —como se pretende a veces— que se da, sin más, entre quienes por un lado propondrían una «teoría del derecho descriptiva» y quienes, por otro, mantendrían que la teoría del derecho no puede ser otra cosa que «normativa». Y resulta desorientador porque en el contexto de la discusión metodológica contemporánea tanto «teoría del derecho descriptiva» como «teoría del derecho normativa» resultan ser rótulos toscos y potencialmente perturbadores, que sugieren equivocadamente que hay una divisoria nítida entre dos posiciones definidas con claridad e internamente homogéneas (cuando no es así) y que en cualquier caso resultarían antagónicas (lo que, dependiendo de cómo se entienda cada uno de esos rótulos, no tiene por qué ser necesariamente así)[10]. Conviene entonces, como paso preliminar para aclarar los términos del problema y aunque sólo sea sumariamente, trazar un mapa de las distintas posiciones que se sostienen bajo esas etiquetas en los debates actuales acerca de la metodología de la teoría del derecho.

1.

Para empezar, la idea de una «teoría del derecho descriptiva» puede ser entendida al menos en cuatro sentidos diferentes. El más simple de los cuatro —a decir verdad, demasiado simple e ingenuo—[11] es el que sencillamente da por hecho que es posible captar la naturaleza del derecho, sus rasgos definitorios, dirigiendo sin más nuestra mirada al mundo «tal y como realmente es», una tarea para la cual no haría falta recurrir a juicios de valor de ninguna clase. Pero este punto de vista simplemente no percibe el nivel de complejidad que encierra la operación consistente en categorizar los datos que obtenemos de la observación empírica. Y si se da por hecho,

---

ser propiedades necesarias), llegando por tanto a la conclusión de que «[m]uchos de los rasgos de las prácticas jurídicas que resultan más esclarecedores de qué es ser derecho [...] no son condiciones suficientes *ni necesarias* de la juridicidad» (la cursiva es mía). Puesto que no toda propiedad necesaria tiene que ser interesante o importante (cualquiera que sea el criterio que se emplee para determinar qué es importante o no), ni toda propiedad interesante o importante tiene que ser necesaria, media una diferencia significativa entre decir que el proyecto de una teoría del derecho descriptiva consiste en poner de manifiesto las propiedades del derecho que son necesarias, las que son necesarias e importantes, o las que son importantes aun cuando no sean necesarias.

[10] Coleman lo ha subrayado repetidamente: véase Coleman, 2001b: 4 n. 3 y 176; Coleman, 2002: 311-12 n. 2; Coleman, 2007: 598-99; y Coleman, 2009: 391-92.

[11] Como observa con agudeza Finnis: véase Finnis [1980] 2000: 37-40.

erróneamente, que una investigación acerca de qué es el derecho —que en realidad es una investigación sobre el concepto Derecho— implica tan sólo observar qué tienen en común todos los objetos para referirnos a los cuales se usa —o se ha usado históricamente— el término «derecho», el resultado de esa radical simplificación será un tipo de teoría del derecho que no podrá ofrecernos sino una suerte de «mínimo común denominador» carente de cualquier valor explicativo[12].

Un segundo punto de vista, más refinado y que es el que prevalece hoy entre los teóricos del derecho positivistas, es el que sostiene que para estar dotada de un potencial explicativo adecuado una teoría del derecho no puede construirse completamente libre de valores, puesto que ha de recurrir inexorablemente a valoraciones para seleccionar qué es lo significativo del derecho y por tanto qué vamos a considerar que constituye su naturaleza. Ahora bien, para quienes la conciben de este modo, el hecho de que la teoría del derecho haya de recurrir para desarrollar su cometido a alguna clase de valoración no quiere decir que haya de ser valorativa en sentido *moral*, puesto que para entender su naturaleza el teórico no necesitaría en absoluto adoptar un punto de vista moral o justificativo acerca del valor del derecho. De este modo, aun cuando se admita que la teoría del derecho es en algún sentido valorativa, se la estará concibiendo en cualquier caso como una tarea que puede llevarse a cabo sin comprometerse con ninguna posición moral sustantiva ni pretender justificar ni censurar nada[13]. Julie Dickson ha acuñado la expresión «evaluación indirecta»[14] para referirse a esta idea de que la teoría del derecho tiene que ser de algún modo valorativa sin serlo en un sentido moral y puede resultarnos útil adoptar esta terminología. En cualquier caso, aquí la idea clave es que mientras se entienda que una teoría del derecho «indirectamente valorativa» se mantiene moralmente neutral

---

[12] Por decirlo con las certeras —y frecuentemente citadas— palabras de Finnis, «la teoría del derecho [...] aspira a ser más que una conjunción de lexicografía e historia local, o incluso más que una yuxtaposición de todas las lexicografías unidas a todas las historias locales» (Finnis [1980] 2000: 38).

[13] Entre quienes han sostenido que la teoría del derecho tiene que recurrir a alguna clase de valores «relativos a la construcción de teorías», sin convertirse por ello en una teoría valorativa en sentido moral, véase Raz [1982] 2001: 225-226; Raz [1985] 2001: 254-257; Raz [1998] 2009: 69; Waluchow [1994] 2007: 33-44; Dickson [2001] 2006: 83-86; Coleman, 2001a: 108 n. 22 y 112; Coleman, 2001b: 3, 4 n. 3, 177-78, 196-97 y 200 n. 25; Marmor, 2001: 153-159; Marmor [2005] 2007: 143 y 145. Se ha discutido si se podría o no atribuir a Hart un punto de vista como éste: piensa que sí Dickson, 2004: 118-123. No acaba de resultarme del todo diáfana la posición de Coleman, que en ocasiones ha llegado a decir que el análisis conceptual —del tipo pragmatista que él propugna— «responde siempre» a «consideraciones prácticas» (Coleman, 2001b: 210), y, de modo aún más claro, que él no niega que un análisis del concepto de derecho «deba responder en principio a consideraciones práctico-políticas» (*ibid*., n. 36); lo cual (si es que no le malinterpreto) parece sugerir una perspectiva valorativa algo más fuerte que la basada meramente en valores «relativos a la construcción de teorías» pero no morales en sentido estricto.

[14] Dickson [2001] 2006: 13.

tendría sentido seguir catalogándola como esencialmente descriptiva[15], por más que en algún sentido se esté admitiendo que se trata de una empresa orientada valorativa o normativamente.

También se dice que la teoría del derecho ha de ser descriptiva en un tercer sentido, completamente diferente de los dos anteriores. Para quienes mantienen esta tercera posición[16], la teoría del derecho debería tomar en serio la lección que se desprende de la crítica de Quine a la distinción analítico-sintético, lo que supondría poner en tela de juicio la fecundidad de esa forma de reflexión *a priori* que sería el análisis conceptual (y por consiguiente la idea misma de que el derecho tiene una «naturaleza» o unas «propiedades esenciales» y que, en virtud de ello, cabe decir de ciertas proposiciones acerca del mismo que son «necesariamente verdaderas» o «verdaderas por definición»). Por eso, lo que debería hacer de una vez la teoría del derecho sería consumar un «giro naturalista» a resultas del cual habría de acabar absorbida por las ciencias sociales. Lo que es tanto como decir que la respuesta a la pregunta «¿qué es el derecho?» tendría que proporcionárnosla una teoría descriptiva entendida ahora como investigación genuinamente empírica, entendiendo en todo caso que no cabe hablar con propiedad de «poder explicativo» si no es para referirse al que se pone de manifiesto en la capacidad predictiva de una teoría científica[17].

Por fin, hay aún un cuarto sentido, sustancialmente distinto, en el que cabe mantener que la teoría del derecho es descriptiva. Se sustenta en ciertas

---

[15] Aunque la propia Dickson considera que esa catalogación sería inapropiada: en su opinión, llamar «descriptiva» a lo que ella denomina una teoría del derecho de evaluación indirecta «es engañoso, por decirlo modestamente» (Dickson [2001] 2006: 86), «un nombre equivocado» (Dickson, 2004: 128). Brian Leiter, por el contrario, entiende que una posición como la de Julie Dickson bien puede ser considerada «descriptivista» (Leiter [2003] 2007: 175).

[16] Cuyo más conocido y firme defensor es Brian Leiter: véase Leiter, 1998; Leiter [2001] 2007; Leiter [2003] 2007; y Leiter 2007: 183-199.

[17] Contra esta propuesta de una «teoría del derecho naturalizada» se han formulado críticas de distintos tipos. Kenneth Himma, por ejemplo, empieza ya por poner en duda que el argumento de Quine según el cual «analiticidad» y «sinteticidad» no pueden ser definidos de manera no circular baste para fundamentar la tesis de que el análisis conceptual al modo tradicional debe ser abandonado (véase Himma, 2007). Y John Oberdiek y Dennis Patterson sostienen que, cuando menos, habría algunos tipos de análisis conceptual que resistirían el desafío del naturalismo quineano (véase Oberdiek y Patterson, 2007; pero véase también la réplica de Leiter en Leiter, 2007: 196, n. 49). Sea como fuere, las objeciones que con mayor frecuencia se le han formulado al proyecto de Leiter son que «cambia el tema» de los debates propios de la teoría del derecho, reemplazándolo por una cuestión que sencillamente es distinta; que el análisis conceptual antecede lógicamente a la investigación empírica, de manera que el proyecto de Leiter presupone en realidad tácitamente aquello mismo que pretende reemplazar; y que es dudoso que una «teoría del derecho naturalizada» pudiera ofrecernos algo más que una simple reproducción del amasijo de concepciones vagas, parcialmente distintas y parcialmente confusas que sostengan los participantes en la práctica de la que se pretende dar cuenta, a no ser que de un modo u otro acabase haciendo suyo algo a decir verdad muy parecido al método que insiste en repudiar (véanse las respuestas de Leiter en Leiter, 2007: 183-199).

tesis metafísicas y de filosofía del lenguaje cuya aplicabilidad al derecho es sumamente cuestionable y que, no por casualidad, la mayor parte de los teóricos del derecho contemporáneos considera difíciles de aceptar. Es lo que ocurre, como exponente más característico de esta cuarta posición, con el punto de vista de Michael Moore acerca del modo en que habría de construirse la teoría del derecho, que requiere haber asumido de entrada la controvertible idea de que el derecho es una «clase funcional» (en un sentido que se supone afín a la noción de «clase natural», de manera que esclarecer la naturaleza del derecho vendría a ser una tarea análoga a la de descubrir, en el sentido en el que lo hacen los científicos, la naturaleza del tipo de objetos que son el referente de los conceptos que habría que considerar clases naturales)[18].

Si dirigimos ahora nuestra atención a la idea de una «teoría del derecho normativa», es fácil constatar que también ha sido entendida de modos sustancialmente diferentes. El primero de ellos (al que en ocasiones se ha llamado «el proyecto benthamiano»[19], o el argumento «de las consecuencias morales provechosas»[20]) es el de una teoría *prescriptiva* acerca del concepto de derecho, esto es, una teoría que no pretende dar cuenta de cuál es, sino recomendarnos cuál debería ser nuestro concepto de derecho en vista de las consecuencias morales que se seguirían de adoptarlo. Entendido en estos términos, este enfoque no tiene por qué negar la posibilidad de una teoría del derecho descriptiva, es decir, no tiene por qué negar la pertinencia de buscar ni la posibilidad de alcanzar una explicación satisfactoria de «nuestro concepto de derecho tal y como realmente es» sin asumir compromiso moral de

---

[18] Moore afirma con contundencia: «la nuestra es una investigación de teoría del derecho general y descriptiva» (Moore, 2000: 309). Pero la forma sumamente peculiar en la que Moore reivindica el proyecto de una teoría del derecho descriptiva exige aceptar algunos puntos extremadamente controvertidos. Empieza por aceptar la teoría causal de la referencia a lo Kripke-Putnam, admitiendo que, si bien puede parecer más plausible respecto a términos que significan clases naturales —y también respecto a nombres propios, pero esto aquí no viene al caso—, es mucho más controvertido que pueda ser aplicada con propiedad a términos que designan objetos artificiales (como «derecho»). Pero acto seguido sostiene que el derecho es una «clase funcional» y que, como tal, los objetos que designa el término «derecho» «tienen una naturaleza compartida que es más rica que [...] el mero compartir un nombre en algún lenguaje», si bien, a diferencia de las clases naturales, la naturaleza que compartirían «es una función y no una estructura» (Moore, 2000: 313). Así pues, si lo que estudia la teoría del derecho es la naturaleza de éste, dicha naturaleza se ha de encontrar en la función del derecho y esta función es —a juicio de Moore, que suscribe también el realismo moral— «un valor moral verdadero» que «únicamente puede ser realizado por el derecho» (*ibid*., 294), entonces cabría decir que la teoría del derecho puede ser concebida como una empresa «descriptiva» en la medida en que nos daría cuenta de lo que el derecho «es» mediante la captación de su función «natural». Pero cabría decirlo, nótese bien, sólo en tanto en cuanto se esté dispuesto a dar por buenas todas las tesis metafísicas y semánticas que se acaban de mencionar (lo que, no hace falta decirlo, no es precisamente poca cosa).

[19] Coleman, 2001b: 209.

[20] Dickson [2001] 2006: 12, 106-118.

ninguna clase. Y conviene subrayar, porque a veces se ha sugerido lo contrario, que no se confunde en modo alguno con el argumento claramente falaz según el cual hay que entender que un determinado concepto de derecho *es* efectivamente el nuestro porque del hecho de que lo fuese se seguirían —se supone— tales o cuales consecuencias morales beneficiosas[21]. La clase de empresa en la que consiste el «proyecto benthamiano» sencillamente se mueve en un plano distinto del que pretende ocupar una teoría del derecho «descriptiva»— en el sentido de moralmente neutral— y, precisamente por ello, una y otra no tienen por qué ser antagónicas.

La idea de una «teoría normativa del derecho» se entiende en un segundo sentido (que a primera vista puede parecer similar al anterior, pero distinguible en realidad del mismo en un aspecto decisivo) cuando se asume la tesis de que verosímilmente no hay un único concepto de derecho «compartido por nosotros» que una pretendida teoría descriptiva en sentido estricto pueda elucidar; que más bien lo que hay «entre nosotros» son conceptos de derecho parcialmente diferentes, o, si se quiere decir de otro modo, que lo que ocurre es que «nuestro» concepto de derecho es indeterminado en una medida significativa[22]. En ese caso habría margen para decidir la adopción de tal o cual modo de concebir el derecho —o con otras palabras: para precisar en una u otra dirección nuestro concepto parcialmente indeterminado de derecho— sobre la base de razones de naturaleza moral y política: y justamente eso, y no otra cosa, es lo que la teoría del derecho podría y tendría que hacer. Este es el tipo de enfoque al que se ha denominado «proyecto de ingeniería o reglamentación»[23] conceptual o «argumento práctico-político»[24]. Tanto este punto de vista como el anterior —el «proyecto benthamiano»— se han asociado a veces con lo que de manera un tanto confusa se ha dado en llamar «positivismo normativo», un rótulo que en mi opinión se viene usando más para hacer referencia con cierta laxitud a una variedad de tesis lógicamente independientes que para denominar una única posición teórica precisa y bien definida[25]. A mi modo de ver, cuando hoy se habla de «positivismo normativo»

---

[21] Lo muestra con claridad Schauer, 2005. Véase también Campbell, 2005: 27-28.

[22] Véase Murphy, 2001: 381; Murphy, 2005: 7; Murphy, 2007: 30; y Murphy, 2008: 1093. Schauer, 2005: 498-499 n. 21 y 501 n. 23 no descarta que Murphy tenga razón acerca de este punto. Y otro tanto puede decirse de Brian Bix (Bix, 2003: 556: «deberíamos al menos dejar abierta la posibilidad de que nuestra sociedad albergue múltiples y conflictivos conceptos de derecho»; véase también Bix, 2005: 314-316; y Bix, 2007: 3).

[23] Coleman, 2001b: 208.

[24] Dickson, 2004: 145 ss.

[25] Una variedad de tesis para referirse a las cuales, además, se han puesto en circulación diversas denominaciones («positivismo normativo», «positivismo ético», «positivismo prescriptivo»...), lo que por otra parte deja abierta la cuestión de si con todas ellas se alude o no exactamente al mismo conjunto de ideas. Sobre las razones que se han aducido para optar por alguna de esas denominaciones y rechazar otras, véase Campbell, 1996: 79; Waldron, 2001: 411-412; Campbell, 2004: 10. Marmor ha sostenido que con la expresión «positivismo jurídico norma-

lo que se sostiene es fundamentalmente una tesis normativa sustantiva acerca del modo en que debería formularse la legislación y acerca del modo en que ésta debería ser interpretada y aplicada por los jueces. Pero bajo esa misma rúbrica de «positivismo normativo» también pueden encontrarse a veces tesis iusfilosóficas relativas al concepto de derecho y a la naturaleza —descriptiva o no— de la teoría del derecho, tesis, por cierto, que unas veces resultan ir en la línea del «proyecto benthamiano» y otras, más bien, en la del «proyecto de ingeniería conceptual»[26]. Así que, a la vista de estas ambigüedades, en el contexto de esta discusión me parece preferible evitar por completo el uso de la equívoca expresión «positivismo normativo».

Y hay por fin un tercer sentido, mucho más fuerte, en el que se ha dicho que la teoría del derecho ha de ser normativa. Es el de quienes mantienen que no es posible analizar el concepto de derecho sin desarrollar una argumentación moral o política de carácter sustantivo, es decir, que para dar cuenta adecuadamente de qué es el derecho es preciso partir de un modo u otro de la aceptación de juicios morales. Vale la pena subrayar en qué difiere este tercer sentido del «proyecto de ingeniería conceptual» al que se ha hecho referencia anteriormente. Lo que se sostiene ahora, en primer lugar, es que hay un concepto de derecho y que el cometido de la teoría del derecho consiste en captar y elucidar su contenido (no en proponer una manera de moldearlo o precisarlo atendiendo a consideraciones de naturaleza moral y política). Y, en segundo lugar, que no es posible captarlo adecuadamente sin «entender el propósito» del derecho, lo que se supone que requeriría aceptar juicios político-morales sustantivos acerca de qué es lo que hace valioso al derecho. En consecuencia, la recta comprensión de qué es el derecho tendría que basarse en una captación acertada de cuál es su fin o propósito que le conferiría valor moral, con el resultado de hacer del análisis conceptual del derecho una parte de la filosofía moral o política[27].

En los últimos años está proliferando considerablemente la literatura acerca de la metodología de la teoría del derecho, hasta el punto de que bien

---

tivo» se ha hecho referencia al menos a cinco puntos de vista distintos: véase Marmor [2005] 2007: 126-127. El análisis más clarificador que conozco de los diferentes sentidos en los que puede entenderse la expresión «positivismo normativo» es el de Schauer: véase Schauer, 2011: 459-464.

[26] Y por eso me parece escasamente informativo —o incluso, en última instancia, desorientador— definir «positivismo normativo» de la forma en que lo hace Waldron (en Waldron, 2001: 412): «el punto de vista según el cual el positivismo debería ser entendido como una posición normativa». Esa definición tan poco esclarecedora, por ejemplo, lleva a Waldron a considerar (no sin ciertas vacilaciones) que Raz podría ser también un «positivista normativo» (véase Waldron, 2001: 412 n. 7 y 432 n. 66).

[27] Esta estructura mínima pueden compartirla concepciones que por lo demás mantengan puntos de vista no enteramente coincidentes en cuanto a la forma apropiada de construir una teoría del derecho, como, por ejemplo, las de Dworkin o Finnis.

se puede decir que la teoría jurídica analítica lleva un tiempo desviando cada vez más su atención de las cuestiones sustantivas o de primer orden hacia las de carácter metodológico o de segundo orden (o, por decirlo en palabras de ALEXY, que está pasando en buena medida de discutir la naturaleza del derecho a discutir la naturaleza de los argumentos acerca de la naturaleza del derecho[28]). No me propongo ofrecer aquí una reconstrucción completa de estos debates actuales acerca de la metodología de la teoría del derecho[29], ni pretendo siquiera discutir en profundidad cada una de las posiciones que acabo de presentar sumariamente. Me limitaré a destacar un par de puntos que me parecen cruciales. En primer lugar, discutiré la idea —mayoritariamente aceptada, si no me equivoco, entre los teóricos del derecho positivistas contemporáneos— según la cual la mejor manera de entender la teoría del derecho consiste en concebirla como una empresa de carácter general y básicamente descriptivo, cuyo cometido consistiría en explicar adecuadamente la naturaleza del derecho por medio del análisis conceptual y que, para llevar a cabo dicha tarea, si bien no podría desarrollarse completamente libre de valoraciones, necesitaría ser tan sólo «indirectamente valorativa». Y sugeriré, en segundo lugar, que la teoría del derecho debe ser normativa en el segundo de los tres sentidos diferenciados anteriormente (el que ha sido llamado «proyecto de ingeniería conceptual»), lo que, por supuesto, requiere una elaboración más cuidadosa. Ninguna de estas ideas, tal y como voy a presentarlas, es enteramente novedosa (y no pretendo sugerir aquí lo contrario). Pero sí intentaré reformularlas de manera que resalte mejor su potencial y, sobre todo, que muestre de qué modo pueden hacer frente a algunas objeciones que suelen formularse en su contra.

2.

Conviene recapitular en qué consiste aquel punto de vista mayoritariamente aceptado en el seno de la teoría del derecho analítica de filiación iuspositivista, al que Stephen PERRY ha denominado esclarecedoramente «la metodología de los rasgos necesarios»[30]. De acuerdo con ese punto de vista[31], el cometido de la teoría del derecho consiste en proporcionarnos una explicación adecuada de la naturaleza de éste; y toda afirmación acerca de la

---

[28] ALEXY [2003] 2008: 52-53.

[29] Para una visión de conjunto de las discusiones contemporáneas al respecto, resultan de gran utilidad COLEMAN, 2002 y DICKSON, 2004.

[30] PERRY, 2009: 316.

[31] Véase *supra*, notas 6 a 9 y texto al que acompañan, así como la clara y sucinta presentación de este punto de vista en DICKSON [2001] 2006: 22-23. BIX, [1995] 2006, BIX, 2003 y BIX, 2007 proporcionan una valiosa reconstrucción del trasfondo de esta discusión.

naturaleza del derecho sería una afirmación acerca de lo que el derecho necesariamente es. Ello implica que habría un conjunto de rasgos o propiedades que el derecho posee necesariamente, de manera que si una teoría del derecho puede considerarse lograda cuando haya identificado correctamente ese conjunto —*i. e.*, las propiedades que algo ha de reunir para ser derecho—, entonces las proposiciones que integren dicha teoría serían necesariamente verdaderas. Debería estar claro, no obstante, que, dejando al margen el caso de las clases naturales, «el mundo tal y como es» no se nos presenta ya compartimentado o delimitado en clases: son nuestros conceptos los que trazan esos límites. Por consiguiente, una explicación de la naturaleza del derecho —de lo que el derecho es— sería una explicación *del concepto* de derecho[32]. Ahora bien, como el concepto de derecho —al igual que cualquier otro concepto— es una construcción histórica, cambiante, lo que habría de identificar la teoría del derecho serían los rasgos necesarios de *nuestro* concepto de derecho[33]. De ese modo la teoría del derecho contribuiría a nuestra auto-comprensión[34]. Pero para poder hacerlo habría de resaltar aquello que es realmente significativo para nosotros, así que, entre los rasgos necesarios de nuestro concepto de derecho, tendría que seleccionar el subconjunto de aquellos que resulten ser además interesantes o importantes[35].

Lo que ocurre es que un programa teórico semejante ha de hacer frente a dos problemas de envergadura. El primer problema consiste en que, por un lado, parece que para seleccionar los rasgos que el derecho posee «necesariamente» deberíamos saber de antemano qué cuenta o no como derecho; pero, por otro, parece que esto dependerá a su vez de cuáles sean los rasgos que consideremos que algo ha de poseer necesariamente para contar como derecho. El segundo problema es el de aclarar cómo se determina qué rasgos son «importantes» y cuáles no.

Intentaré examinar ahora con algo más de detalle el primero de estos dos problemas[36]. La dificultad radica en determinar qué es lo que pertenece o no al conjunto de objetos que tratamos de explicar, puesto que lo que el teórico

---

[32] Véase Coleman y Simchen, 2003: 5 n. 9 (que afirman que las preguntas «¿qué es el derecho?», «¿cuál es la naturaleza del derecho?» y «¿cuál es el concepto de derecho?» se pueden considerar intercambiables).

[33] Véase Raz [1996] 2009: 96; Raz [2005] 2007: 66 («Hablar *del* concepto de derecho en realidad quiere decir *nuestro* concepto de derecho» [las cursivas son del original]); y Coleman, 2001a, 112 n. 24 (que destaca que «hay una diferencia entre sostener que un concepto particular es necesario y sostener que hay rasgos necesarios de un concepto que admitimos que es contingente»).

[34] Raz [1985] 2001: 256; Raz [1996] 2009: 97; y Raz [2005] 2007: 65 («En gran medida lo que estudiamos cuando estudiamos la naturaleza del derecho es la naturaleza de nuestra propia auto-comprensión»).

[35] Véase *supra*, notas 8 y 9.

[36] En este punto sigo de cerca el enfoque de Priel, 2007a y Priel, 2007b. Véase también Perry, 1996: 370-371.

ha de analizar es el derecho y no lo que no lo sea (y además habrá de analizar *todo* aquello que lo sea, si su pretensión es la de estar construyendo una teoría *general* del mismo). Tal vez alguien entienda que esto no constituye ningún problema en absoluto y que el que haya podido pensar lo contrario no ha hecho sino revelar con ello su profunda incomprensión del modo en que se desenvuelve el análisis conceptual. Tan pronto como nos demos cuenta —se nos podría decir— de que lo que estamos tratando de identificar son los rasgos necesarios de *nuestro* concepto de derecho, todo lo que tendríamos que hacer sería apoyarnos en *nuestra* comprensión pre-teórica compartida del concepto: y, como punto de partida, eso es todo lo que necesitaríamos en tanto que criterio para determinar qué es lo que cuenta como derecho[37] (antes de articular, a partir de ahí, una explicación de su naturaleza).

Pero si se plantean así las cosas, la pregunta crítica es la que formula Perry: «¿quién es ese "nosotros"?»[38], esto es, ¿quiénes se está suponiendo que compartimos una cierta comprensión del concepto de derecho? Al menos entre los teóricos del derecho difícilmente puede decirse que exista un acuerdo acerca de los rasgos que algo ha de reunir para ser derecho o, lo que es lo mismo, acerca de las propiedades que se supone que el derecho «necesariamente» posee. Un repaso rápido por la teoría del derecho contemporánea puede resultar suficientemente ilustrativo. Como se sabe, se ha sostenido tanto que todo sistema jurídico es necesariamente coercitivo[39] como que el recurso a las sanciones no constituye un rasgo necesario de nuestro concepto de derecho[40]. Que está implícito en nuestro concepto de derecho el que todo sistema jurídico pretenda autoridad legítima[41] y también que no hay ninguna razón convincente para suponer tal cosa[42]. Que —en contra de la conocida opinión de Hart— algo que correspondiera a una «situación del asaltante» a gran escala podría en ciertas circunstancias ser considerado derecho[43] y, al contrario, que un poder puramente arbitrario que viole por completo los principios mínimos del imperio de la ley no puede ser considerado un sistema jurídico[44]. Que la pretensión de supremacía es esencial al

---

[37] Esa era la posición de Hart: en su opinión, «[e]l punto de partida de esta tarea esclarecedora es el amplio conocimiento común de las características distintivas de un orden jurídico nacional» moderno que él atribuía «a cualquier hombre culto» (Hart [1994] 2000: 11-12).

[38] Perry, 1996: 370-371.

[39] Por señalar tan sólo un par de ejemplos dentro del campo *no*-positivista, véanse Alexy [2003] 2008: 56-61; y Finnis [1980] 2000: 294.

[40] Véase Raz [1990] 1991: 183-187.

[41] Raz [1985] 2001: 232; Alexy [1992] 2004: 38-41 (que plantea la idea como «pretensión de corrección»).

[42] Murphy, 2001: 382 (discrepando de Raz); Bix, 2006: 147-148 (discrepando de Alexy).

[43] Kramer, 1999: 96-98.

[44] Coleman, 2001b: 192-193 («en la medida en que un gobernante ejerce un poder puramente arbitrario, no gobierna por medio del derecho»); Waldron [2008] 2012: 120.

derecho[45] y también que esto no tiene por qué ser necesariamente así[46]. Y, por supuesto, son objeto de controversia duradera cuestiones tales como si el derecho extremadamente injusto seguiría siendo o no derecho[47], o si es o no conceptualmente posible que el derecho incorpore la moral (la tan debatida cuestión que divide hoy a positivistas «incluyentes» y «excluyentes»).

Pero el auténtico problema no está en el desacuerdo entre los teóricos del derecho. El verdadero problema consiste en que al tener también los miembros de la sociedad comprensiones pre-teóricas de qué cuenta como derecho parcialmente distintas y en cualquier caso imprecisas, parece que los teóricos del derecho no tienen adónde dirigir la mirada para resolver sus desacuerdos acerca de los rasgos que el derecho «necesariamente» posee sin incurrir en petición de principio[48]. Cada vez que alguien sostiene que algo constituye un rasgo necesario del derecho y otro contesta que son concebibles sistemas jurídicos en los que dicho rasgo esté ausente, caben dos tipos de reacción: o bien se admite que la afirmación inicial estaba equivocada, o bien se replica que los supuestos contraejemplos no podrían ser considerados con propiedad «derecho». Pero si no hay un único concepto de derecho que todos compartamos («nuestro» concepto), sino más bien conceptos parcialmente diferentes, entonces no parece haber un modo correcto de decidir cuál de esas dos reacciones posibles hay que considerar apropiada en cada caso. Respaldar una reacción de un tipo u otro con un argumento acerca de cuál *es* la naturaleza del derecho sería, pura y simplemente, circular, cuando lo que ocurre es que distintos individuos consideran que cuentan como derecho diferentes cosas sencillamente porque tienen distintos conceptos de derecho.

Contra esta forma de ver las cosas se podrían plantear dos tipos de objeciones. La primera vendría a decirnos, por una parte, que se está exagerando la extensión y la profundidad del desacuerdo realmente existente acerca del concepto de derecho; y, por otra, que incluso si resulta ser cierto que en los márgenes del concepto hay un cierto grado de desacuerdo acerca de su contenido, eso es exactamente lo que cabe esperar de cualquier concepto filosóficamente interesante[49]. Pero me parece que se puede hacer frente a una objeción de este tipo. Por supuesto no cabe negar que aun cuando tengamos conceptos de derecho diferentes, nuestros conceptos en gran medida se

---

[45] Raz [1990] 1991: 176-177.

[46] Marmor, 2001: 39-42.

[47] Responden negativamente Alexy [1992] 2004: 34-41, 45-73; o MacCormick [2007] 2011: 343-344 (que sostiene que hay un cierto mínimo moral sin el cual un pretendido derecho sería más bien no-derecho).

[48] Véanse Priel, 2007a: 150; y Priel, 2007b: 187-188.

[49] Véase en este sentido Coleman, 2001b: 210.

solapan[50]: si no fuese así, cada vez que hablásemos del derecho estaríamos incurriendo en el malentendido de estar refiriéndonos cada cual a una cosa diferente. Pero ese solapamiento no equivale a la existencia de un único concepto de derecho y no excluye que para un cierto número de cuestiones interesantes acerca de los límites entre lo que es derecho y lo que no lo es, sencillamente no podamos encontrar respuesta alguna en una comprensión compartida. Y además, si el cometido de la teoría del derecho consiste en sacar a la luz aquello que es necesario e importante acerca del derecho, surge el problema añadido de que buscar los rasgos que todos esos conceptos de derecho parcialmente distintos coinciden en considerar necesarios nos puede hacer perder de vista mucho de lo que se considera importante desde la perspectiva de cada uno de ellos[51].

La segunda objeción tendría mayor profundidad. Vendría a decirnos que la propia idea de que tenemos diferentes conceptos de derecho es producto de una semántica discutible. En concreto, sería el producto de haber asumido una semántica «criteriológica» en el sentido que da Dworkin a esta expresión. Como se sabe, Dworkin sostiene que el «concepto sociológico de derecho» —nuestro concepto de derecho como un cierto tipo de estructura social institucional— es «criteriológico», esto es, el tipo de concepto que podemos decir que compartimos sólo a condición de que estemos de acuerdo en un conjunto de criterios para la correcta aplicación del término correspondiente. De ese modo, el concepto sociológico de derecho sería relativamente impreciso, dado que no hay un acuerdo pleno acerca de dichos criterios. Y por consiguiente todo lo que podríamos hacer sería tomar nota de esa relativa imprecisión y reconocer que no es el tipo de concepto cuyo análisis pueda sacar a la luz «rasgos esenciales o necesarios» filosóficamente interesantes (o como mucho, y para ciertos propósitos tales como la investigación en ciencias sociales, podríamos estipular una definición más precisa en atención a algún objetivo teórico determinado)[52]. Ahora bien, si el criterialismo (o la forma en la que Dworkin lo entiende) fuese una concepción fallida o inadecuada del modo en que se determina la extensión de los términos de clase —o al menos de un tipo de términos de clase como «derecho»— y si la idea de que no hay un único concepto de derecho «compartido por nosotros», sino más bien una pluralidad de conceptos parcialmente diferentes, resultase ser un producto de haber asumido precisamente una semántica criteriológica para «derecho», entonces podría decirse que esa idea de que tenemos diferentes conceptos de derecho que se solapan en parte carece en realidad de un fundamento sólido.

---

[50] El propio Murphy lo admite abiertamente: Murphy, 2005: 18; Murphy, 2008: 1108.
[51] Priel, 2007b: 183.
[52] Dworkin [2006] 2007: 13, 19, 243-244, 248.