

TEORÍA DEL DERECHO Y NEUTRALIDAD VALORATIVA *

José Juan Moreso

Universitat Pompeu Fabra

RESUMEN. En este artículo se analizan dos tesis vinculadas con una teoría jurídica neutral desde el punto de vista valorativo: 1) la explicación conceptual de la naturaleza del Derecho es una tarea descriptiva que puede realizarse sin recurrir a consideraciones valorativas, y 2) la determinación del contenido del Derecho, de aquello que el Derecho requiere, depende únicamente de determinados hechos sociales que pueden describirse sin recurrir a consideraciones valorativas.

Se argumenta que ambas tesis han de ser abandonadas. Para ello se realiza una comparación entre la evolución de la teoría económica y la teoría jurídica por lo que a la neutralidad valorativa se refiere. Se acaba considerando la repercusión del abandono de la neutralidad valorativa para una concepción adecuada del alcance y los límites del positivismo jurídico.

Palabras clave: neutralidad valorativa de la teoría del Derecho, naturaleza del Derecho, contenido del Derecho, positivismo jurídico.

ABSTRACT. In this paper two theses about a value-free legal theory are analyzed: 1) the conceptual explanation of the nature of law is a descriptive task, that can be made without resort to moral considerations; and 2) the determination of the content of law, the identification of what law requires, only depends on social facts which can be described without resort to evaluative considerations.

It is argued that both theses should be given up. In this way, a comparison between the evolution of economic theory and legal theory is carried out. The paper ends with an analysis of the impact of this understanding of a non value-free legal theory for our conception of the limits and the scope of legal positivism.

Keywords: value-free legal theory, the nature of law, the content of law, legal positivism.

* Fecha de recepción: 7 de enero de 2008. Fecha de aceptación: 31 de enero de 2008.

1. INTRODUCCIÓN

Una de las caracterizaciones más conocidas del positivismo jurídico es aquella que se corresponde con el *motto* de J. AUSTIN: «Una cosa es la existencia del Derecho, otra su mérito o demérito» (AUSTIN, 1832: 157). Dicha caracterización ha sido usualmente asociada con la idea de que mientras la existencia del Derecho es una cuestión de hecho, aquello que el Derecho debe ser es una cuestión de valoraciones y también con el correlato epistémico de esta dicotomía ontológica, es decir, la tarea de conocer aquello que sea el Derecho es una tarea descriptiva y moralmente neutral, mientras la tarea de establecer sus méritos es una tarea evaluativa y moralmente comprometida.

Ni J. AUSTIN, ni J. BENTHAM antes que él, creyeron que la tarea evaluativa careciera de sentido. Por el contrario, ambos pensaban que era una tarea que tenía perfecto sentido, y que ellos creían que había de ser llevada a cabo con el molde del utilitarismo. Ahora bien, ambos pensaron que las dos tareas habían de separarse claramente. Una idea que procedía ciertamente de la estricta separación, establecida por D. HUME, entre el ámbito de lo fáctico y el ámbito de lo normativo, con arreglo a la cual —como es sabido— no pueden derivarse enunciados de deber de enunciados descriptivos, el «debe» no puede inferirse del «es» (HUME, 1739-1740: 469-470).

No obstante, elaborando algunas ideas que procedían del empirismo humeano, es en el ámbito del positivismo lógico, a comienzos del pasado siglo, cuando la dicotomía entre los hechos y los valores se agudiza. Los positivistas lógicos distinguían, en el ámbito de las proposiciones significativas, las proposiciones analíticas, cuya verdad depende únicamente de su forma lógica y las proposiciones fácticas, cuya verdad depende de cómo sea el mundo, son *verificables*. Esta distinción permitía, a su vez, distinguir entre problemas lógicos o conceptuales, que versan sobre el significado de las palabras y problemas empíricos, que versan sobre los hechos. El resto de problemas de los que se había ocupado la filosofía eran sólo pseudo-problemas. Y, por tanto, los juicios de valor carecen de significado cognoscitivo, son totalmente subjetivos, meras expresiones de emociones o descripciones de las emociones de otros¹.

Esta posición tuvo una influencia muy considerable en los diversos ámbitos de la filosofía y de las ciencias sociales. La tuvo, como tendré ocasión de analizar, en la teoría jurídica. La tuvo también en la teoría económica y es esta influencia la que tomó H. PUTNAM (PUTNAM, 2002), como objeto de sus *Rosenthal Lectures* en la Escuela de Derecho de la Universidad de Northwestern, para tratar de mostrar las debilidades de la dicotomía tal como a menudo se plantea y su significación para la economía. Al final de sus lecciones, PUTNAM (2002: 64) afirma: «Una de las razones por las que he analizado la dicotomía hecho/valor en estos capítulos ha consistido no únicamente en suministrar una visión filosófica de las razones por las cuales economistas como L. ROBBINS pensaron que el desarrollo de lo que WALSH ha llamado “la segunda fase de la economía clásica”, la tarea de “llevar la economía cerca de la ética”, era “lógicamente imposible”; sino también, abatiendo esas razones, he querido suministrar una filosofía del lenguaje que pueda dar acomodo y apoyo a esta segunda fase. Creo, pero consciente de

¹ El *locus classicus* de dicha posición tal vez sea el cap. VI de AYER, 1936.

mis propias limitaciones no he tratado de documentarlo, que muy semejantes cuestiones surgen en el ámbito del Derecho».

Pues bien, persuadido de que PUTNAM lleva razón, me propongo en lo que sigue tratar de *documentar* esta sugerencia suya referida al Derecho. Para ello, en primer lugar, reconstruiré sucintamente los argumentos de PUTNAM y algunos de A. SEN, al que PUTNAM toma —con toda la razón— como paradigma de autor que ha acercado la ética y la economía. En segundo lugar, trataré de mostrar cómo la teoría jurídica ha seguido una evolución en cierto modo paralela a la teoría económica. En tercer lugar, ya en el ámbito de la teoría jurídica únicamente, distinguiré dos sentidos que en ella puede atribuirse a la idea de la neutralidad valorativa. Y, por último, concluiré estableciendo en qué sentido, en mi opinión, la teoría jurídica ha de aceptar la *imbricación* entre los hechos y los valores y en qué sentido, sin embargo, ello no comporta la introducción no filtrada de los juicios de valor de los juristas en su tarea cognoscitiva.

2. PUTNAM AFTER SEN²

A. SEN (SEN, 1987: 2-7) ha sugerido que la economía tiene dos orígenes distintos. Por un lado, ya en la obra de Aristóteles, la economía guarda relación con los fines básicos de los seres humanos, en cómo la producción y distribución de la riqueza se entrelazan con el logro de estos fines básicos. Este origen vincula la economía con la ética. El segundo origen de la economía la considera relacionada no con los fines últimos de los humanos, no con cuestiones referidas a cómo debemos vivir, sino con cuestiones técnicas relativas a cómo diseñar los instrumentos para alcanzar algunos fines que se consideran dados. SEN lo denomina el «*engineering approach*».

Aunque en la economía clásica ambos enfoques eran complementarios y SEN se esfuerza por mostrar cómo esto era así en un autor como A. SMITH [que escribió no sólo su conocido clásico de economía, SMITH (1776), sino también sobre filosofía moral, SMITH (1759) y, póstumamente publicado, sobre jurisprudencia, SMITH (1978)]; parcialmente el prestigio del positivismo lógico hizo que esta dos tradiciones se separaran radicalmente. El influyente economista L. ROBBINS (1935: 148) sostuvo que la ética y la economía son dos ámbitos lógicamente separados, puesto que la economía trata de hechos determinables, mientras la ética trata de evaluaciones y obligaciones, y «si discrepamos acerca de la moralidad... entonces no hay lugar para el argumento».

Otra idea de L. ROBBINS iba a resultar a la postre muy relevante. ROBBINS sostuvo que las comparaciones interpersonales de utilidad, necesarias para llevar a cabo el cálculo utilitario requerido por la economía del bienestar, han de ser calificadas como éticas o normativas y arrojadas al infierno de la irracionalidad (ROBBINS, 1938)³.

² La razón de este título será diáfana para aquellos que lean WALSH, 2000; WALSH, 2003, y SEN, 2005.

³ Como SEN (1987: 30 y nota 1) señala las razones de ROBBINS no son del todo claras. Me parece que SEN lleva razón cuando afirma que ROBBINS estaba más interesado en destacar el aspecto negativo de su tesis, con arreglo a la cual las comparaciones interpersonales de utilidad no tienen fundamento científico, que el aspecto positivo, conforme al cual dichas comparaciones son de carácter ético. Tal vez algo semejante ocurre con la afirmación de muchos teóricos del Derecho procesal y de muchos jueces según la cual, en ocasiones, las valoracio-

Con este panorama el enfoque técnico, el *engineering approach*, de la economía estaba llamado al éxito.

Abandonadas las comparaciones interpersonales de utilidad, a la economía del bienestar le quedaba solamente el establecer un modo de enfocar la construcción de una función de bienestar social en la línea de la teoría de la acción social, que tiene sus orígenes en algunas muy relevantes contribuciones matemáticas de pensadores franceses del siglo XVIII, como J. C. BORDA o el marqués de Condorcet. La contribución capital es obviamente la de K. J. ARROW (1951) y su conocido teorema de imposibilidad. Como es sabido, dicho teorema establece que cuatro condiciones, aparentemente muy plausibles, que debe respetar la función de bienestar social no pueden ser satisfechas, por razones lógicas, de manera simultánea; las condiciones son las siguientes: 1) eficiencia paretiana, 2) no dictadura, 3) independencia de las alternativas irrelevantes, y 4) dominio no restringido (que requiere que cualquier preferencia social debe ser un orden completo, con conexividad y transitividad para cualquier conjunto de preferencias individuales). La obra de ARROW estimuló como ninguna otra el desarrollo formal de la teoría de la elección social y dio paso a la época dorada de los desarrollos formales de la economía⁴. Pero no quiero detenerme en estos desarrollos, quiero únicamente resaltar que los presupuestos de la teoría de la elección social y de la economía del bienestar quedaron reducidos a una imagen idealizada del ser humano como un ser con un conjunto consistente de preferencias que maximiza su autointerés. Los fines básicos, dados a la economía, quedan reducidos a algo tan endeble como el óptimo de Pareto: una situación social, como es sabido, es un óptimo de Pareto si y sólo si no puede aumentarse la utilidad de uno sin reducir la utilidad de otro. Como nos recuerda SEN (SEN, 1987: 32): «Una situación social puede ser un óptimo de Pareto con algunas personas en la miseria más extrema y con otras en el mayor de los lujos, en la medida en que no pueda mejorarse la situación de los pobres sin reducir el lujo de los ricos». No obstante, con estos postulados se pudo demostrar el teorema fundamental de la economía del bienestar, conforme al cual bajo determinadas condiciones, todo estado social óptimo en el sentido paretiano es también un equilibrio perfectamente competitivo con respecto a algún conjunto de precios y para alguna distribución inicial de las dotaciones de las personas.

Con todo, la obra de A. SEN (y de otros muchos economistas y teóricos sociales) constituye un modo especialmente perspicuo de poner en duda la versión de la persona como egoísta y de enriquecer con otros fines el óptimo de Pareto. El mismo rechazo de las comparaciones interpersonales de utilidad es desafiado, para aceptar algún tipo de comparabilidad parcial. Como el mismo SEN nos recuerda (SEN, 2002: 79): «No tenemos grandes dificultades, por ejemplo, en reconocer que la utilidad que el emperador Nerón obtuvo del incendio de Roma fue menor que la suma total de la pérdida de utilidad de todos los romanos que sufrieron los efectos del fuego».

nes de los hechos llevadas a cabo por los jueces en el proceso son, en realidad, juicios de valor. Véase FERRER, 2005, p. 51 y nota 53.

⁴ El propio SEN (por ejemplo, SEN, 1970) se ocupó de ello y de varios modos de debilitar algunos de los axiomas para evitar la imposibilidad. Un panorama excelente de este desarrollo puede hallarse en SEN, 2002, y allí se hallará también la bibliografía relevante —se trata de la contribución de SEN en Estocolmo—, con ocasión de ser distinguido con el premio Nobel de Economía en 1998.

En cualquier caso, lo que emerge de este apretado (e incompleto) resumen es la necesidad de enriquecer los presupuestos con los que evaluar el bienestar económico de una sociedad. El debate y las críticas que el utilitarismo ha recibido en las últimas décadas tampoco pueden pasar desapercibidos a los economistas del bienestar y, por ello, es preciso que se embarquen en dicho debate para establecer más adecuadamente su noción de bienestar.

Brevemente, el legado de aportaciones como la de SEN puede presentarse del siguiente modo: a) un rechazo de la reducción de la racionalidad a consistencia interna, b) una ampliación, más allá del autointerés, de los motivos de los agentes racionales y, principalmente, c) la ampliación de los fines de la economía del bienestar, que habían quedado casi reducidos al óptimo de Pareto (en el caso de SEN, a través, de su «*capabilities approach*», vid., por ejemplo, SEN, 1999).

Merece la pena añadir que, como SEN (SEN, 1987: 78-79) nos recuerda también la ética puede beneficiarse de algunos de los desarrollos técnicos de la economía para una mejor comprensión de los problemas que analiza.

Pues bien, PUTNAM da argumentos para mostrar cómo el enfoque técnico y formal de la economía estuvo muy influido por la filosofía del positivismo lógico a la que me he referido y que, como sabemos, sostenía que los juicios de valor carecen de significado cognoscitivo y, por tanto, sobre ellos no es posible el control racional.

La posición de PUTNAM al respecto (PUTNAM, 2002: caps. 1 y 2) puede resumirse del siguiente modo:

Por una parte, la dicotomía entre los hechos y valores era deudora de la gran dicotomía entre proposiciones analíticas y proposiciones sintéticas. En un artículo famoso, W. v. O. QUINE (QUINE, 1953) argüía que dos dogmas centrales del empirismo (y del positivismo lógico) debían ser arrinconados. Se trata de la distinción entre verdades *analíticas*, o basadas en el significado con independencia de las materias de hecho, y verdades *sintéticas*, o basadas en los hechos; y el *reduccionismo*, según el cual cada enunciado significativo es equivalente a un constructo lógico acerca de términos que se refieren a la experiencia inmediata. Quine aboga por una concepción *holista* del conocimiento humano, según la cual nuestros esquemas conceptuales son como redes que limitan con la experiencia. Revisar nuestras creencias es siempre una tarea que requiere embarcarnos en una posible revisión de todo nuestro esquema conceptual. De esta forma, el criterio de significación de las proposiciones del positivismo lógico, fundamentado en la distinción entre proposiciones analíticas y proposiciones fácticas (y con ella la posibilidad de distinguir con claridad entre problemas empíricos y problemas conceptuales) y en la posibilidad de verificar nuestras proposiciones fácticas a través de la verificación concluyente de algunas de estas proposiciones, los enunciados *protocolares*, a los cuales todas las demás son *reducibles*, debe ser abandonada.

Si esto es así, tal vez también la dicotomía entre juicios de hecho y juicios de valor debe ser debilitada. El argumento principal de PUTNAM al respecto es el siguiente: existen muchas proposiciones significativas, con contenido informativo, que tienen una dimensión evaluativa. Los enfoques no-cognoscitivistas, como los del positivismo lógico, en materia moral suelen tener como referencia juicios morales que usan lo que se han

denominado conceptos morales ligeros (*thin moral concepts*) que, tal vez, poseen sólo una dimensión prescriptiva, como «bueno», «correcto» o «deber». Pero el discurso moral, y el discurso ordinario —por cierto— contiene también conceptos morales densos (*thick moral concepts*), tales como «honesto», «cobarde» o «trato degradante». Parece difícil negar que pueda haber conocimiento acerca de los conceptos morales densos⁵. Poseemos dichos conceptos y sabemos a menudo a lo que nos referimos cuando los usamos. Una explicación de la aptitud para la verdad y, por tanto, para la objetividad, de los juicios morales que contienen conceptos densos, en la línea del prescriptivismo hareano (HARE, 1952)⁶, es la que separa claramente dos dimensiones, la descriptiva y la prescriptiva, de ambos conceptos. Su contenido descriptivo tiene condiciones de verdad y lleva aparejada la dimensión prescriptiva. Su contenido descriptivo hace que el concepto sea guiado por el mundo, su dimensión prescriptiva lo hace capaz de guiar la acción, de ofrecer razones para la acción. Otros autores, como B. WILLIAMS, se inclinan por pensar que la dimensión evaluativa no puede ser netamente separada del contenido descriptivo del concepto, tal vez, porque piensan que lo evaluativo no puede reducirse totalmente a lo prescriptivo, que evaluar no es únicamente una función de desear y, seguramente, porque desean rechazar lo que se ha denominado *centralismo* en moral, que presupone que los conceptos morales ligeros son los más básicos (como HARE), mientras afirman que las conclusiones que usan conceptos morales ligeros son supervinientes en relación con las que usan conceptos morales densos (vid. HURLEY, 1990: cap.2).

Sea como fuere, y esto es lo que PUTNAM quiere destacar (PUTNAM, 2002: 34-45), lo que muestra la existencia de proposiciones que contienen conceptos densos es la *imbricación* entre los hechos y los valores. Parece difícil pensar las ciencias sociales, tal y como las conocemos, sin este tipo de proposiciones. Los historiadores escriben cosas como «El emperador Calígula era cruel» y los economistas cosas como «La mayoría de los habitantes de Somalia viven en un estado de pobreza». Se trata de proposiciones significativas, poseen contenido informativo, pero también valoran negativamente a Calígula o la situación de Somalia. Parece una conclusión inevitable. No comprendemos estos conceptos sino comprendemos que tienen una dimensión evaluativa.

Deseo, sin embargo, realizar dos consideraciones con el objetivo de alcanzar una comprensión más cabal del comportamiento de estos conceptos. En primer lugar, deseo aclarar que del hecho de que a una situación se aplique un concepto denso positivo no siempre se deriva que dicha situación es elogiada o que tenemos razones para favorecerla. De la afirmación de que Desmond Tutu es amigo de Nelson Mandela, en su contexto de la lucha contra el *apartheid* en Sudáfrica, se puede obtener que Desmond Tutu debe contribuir a los objetivos políticos de Mandela. Sin embargo, del hecho de que Joseph Goebbels es amigo de Adolf Hitler no puede obtenerse que Goebbels deba contribuir a que Hitler se salga con la suya. Ciertamente, afirmar que alguien es amigo de otro supone atribuir a una relación entre personas algún valor, pero la instanciación de ese valor puede ser tan defectuosa que no suministre ya razones para actuar en determinado contexto.

⁵ Véase, por ejemplo, WILLIAMS, 1985: cap. 8, y RAZ, 1999: cap. 6.

⁶ Existe, por cierto, un antiguo trabajo de A. SEN, en el que a partir del prescriptivismo de HARE sugería ya una posición metaética que lo alejaba de los postulados del positivismo lógico: SEN, 1967.

En segundo lugar, para sostener una posición como la de la imbricación entre los hechos y los valores no hace falta suponer que existen en el mundo entidades metafísicas sospechosas. Esta es una posición compatible con el naturalismo. Obviamente que para lo que una vez B. WILLIAMS denominó la *concepción absoluta del mundo* (WILLIAMS, 1985: 138) no hay imbricación entre los hechos y los valores, allí hay sólo objetos y cualidades primarias. Se trata de algo como el ideal de la física, la teoría unificada del mundo. Pero, por ejemplo, en la concepción absoluta del mundo no hay colores; aún así no podemos comprender la pintura sin los colores. Más aún, en uno de los mejores y más influyentes libros sobre la filosofía de las ciencias humanas, *The Common Mind*, de Ph. PETTIT, el autor nos recuerda que el fisicalismo extremo que vindica, el *microfisicalismo*, es consistente con un enfoque comprensivo de los asuntos humanos. PETTIT escribe (PETTIT, 1996: 354-355):

«El microfisicalismo antes introducido comporta la creencia de que si conociéramos todo lo que hay que conocer acerca de la distribución de las partículas microfísicas y acerca de las leyes microfísicas que gobiernan estas partículas, entonces comprenderíamos todo lo que hay que comprender. ¿Cómo puede entonces el modo de comprensión *Verstehen* disfrutar de la primacía que le confiero, dado que una comprensión microfísica completa pareciera derrotarla? ¿Cómo puede la dimensión conversacional conservar su interés una vez la dimensión microfísica es accesible?»

Consistente con la verdad del microfisicalismo, un modo de comprensión o de conocimiento no-microfísico puede ser canónico en un importante sentido [...]. Consideremos el modo de saber que algo es rojo que consiste en verlo como rojo y comparémoslo con el modo de saber que es rojo —él único accesible a un ciego, por ejemplo— que consiste en reconocer que tiene una propiedad que causa a sus portadores aparecer como rojo a observadores normales en condiciones normales. El primer modo de saber es canónico en el sentido de que el hecho que existe [...] es la principal razón por la que la propiedad en cuestión solicita nuestro interés y atención. Y, sin embargo, el segundo modo de saber es mucho más cercano al modo de saber que la perspectiva microfísica nos ofrece».

Esto es, el mejor modo de comprender las sociedades humanas es aquel que tiene en cuenta que están formadas por agentes *intencionales* capaces de atribuir valor y disvalor a sus acciones. Ahora bien, este modo de comprensión es compatible con una concepción naturalista del mundo, estándar para la mayoría de nosotros. No se trata, debe quedar claro, de vindicar aquí el microfisicalismo sino sólo de mostrar que la imbricación entre los hechos y los valores es compatible incluso con una forma extrema de naturalismo como éste.

3. LA AUTONOMÍA DEL DERECHO

Veamos ahora cómo la tesis de la imbricación entre los hechos y los valores se vincula con la teoría del Derecho. Y veámoslo con una alegoría⁷.

Pensemos en una práctica social más simple que el Derecho. Pensamos en la práctica convencional de guardar la cola para comprar la entrada para el cine, para el teatro, para subir al autobús. Se trata de una práctica convencional y contingente, pero una vez establecida genera deberes y derechos a sus participantes, dicho ahora breve-

⁷ Alegoría presentada por primera vez en GARGARELLA y MORESO, 2006.

mente: el deber de aguardar a que obtenga su entrada o billete aquél que nos precede en la cola y el derecho a obtenerlo antes que el que nos sucede en la cola. Sin embargo, como se trata de una práctica convencional, no está escrito que todos los conflictos que pueden plantearse en lo que concierne a guardar la cola tengan una clara y unívoca solución en estas reglas tan simples. Pensemos en la cuestión siguiente: ¿puede venderse, a cambio de dinero o especie, la posición en la cola? Nada en las reglas referidas lo prohíbe, nada tampoco lo permite. Cuando en algunas ocasiones he planteado este problema a mis estudiantes de Derecho, acostumbran a dividirse más o menos por la mitad. Supongamos que se plantea realmente el conflicto y supongamos también que, como ocurre en el Derecho, hay alguien que tiene el cometido de resolver el conflicto, llamémosle el guardián de la cola. Si, como de nuevo ocurre en el Derecho, existe la prohibición de *non liquet*, es decir si el guardián de la cola está obligado a tomar una decisión, ¿con qué criterios habrá de tomarla?

Parece razonable pensar que nuestro guardián de la cola deberá argumentar por una solución que encaje mejor con el *sentido* que asignemos a la práctica de guardar la cola. Si se nos permite la frivolidad, podríamos decir que hay, al menos, dos enfoques posibles que atribuyen sentido a la práctica de guardar la cola, un enfoque *liberal* y un enfoque *republicano*. Para el enfoque liberal, la práctica tiene sentido en cuanto nos permite razonablemente la coordinación en aquellas actividades en las que somos muchos los que queremos disfrutar de algún recurso escaso y dicha coordinación satisface nuestros intereses individuales. Eso es todo. Para este enfoque no hay problema alguno en permitir la compraventa de la posición en la cola, puesto que ningún interés individual es afectado por esta compraventa. Para el enfoque republicano, en cambio, la práctica tiene sentido porque otorgando el derecho por turnos como consecuencia de la espera, nos reconocemos unos a otros como iguales, como miembros del mismo grupo, y aceptar la compraventa, representaría corromper este reconocimiento recíproco, puesto que alguien podría alcanzar su turno sólo por disponer de más dinero. Si a alguien le parece ilusa la concepción republicana, que piense en una lista de espera para un trasplante de riñón y considere entonces cuán razonable le parecería admitir la compraventa del lugar en la lista. Para el enfoque republicano, como es obvio, la compraventa del puesto en la cola está prohibida.

Supongamos que en una sociedad imaginaria, llamémosla *Queue*, existe la práctica de la cola tal y como la conocemos. Supongamos también que existen algunas discrepancias acerca de qué requiere dicha práctica en algunos supuestos: por ejemplo acerca de si puede o no venderse la posición en la cola. Hay en *Queue* consciencia de que la práctica de guardar cola tiene una función en dicha sociedad y comienzan a surgir diversas concepciones sobre la práctica. Las concepciones dan cuenta de los aspectos más sobresalientes de dicha práctica, aunque no siempre acuerdan acerca del sentido de dicha práctica. En general la práctica es considerada valiosa. Supongamos también que en *Queue* se establece la lapidación como pena para diversos delitos y que se reclutan voluntarios para practicarla. Cuando hay más voluntarios de los necesarios se guarda la cola para distribuir los puestos libres. Entonces, algunos autores comienzan a reflexionar diciendo que como la práctica de guardar cola sirve para un objetivo indeseable: la lapidación, en estos casos no se trata de colas *genuinas*. Otros insisten en que dado que la práctica se realiza del mismo modo que la de guardar la cola para comprar el pan, sí se trata de colas. Hay que distinguir, dicen, entre lo que es guardar la cola y cuándo debemos hacerlo.

En este contexto, algunos autores comienzan a ser escépticos acerca de que nuestra comprensión de las colas aumente por el hecho de establecer su naturaleza, su función y su valor en *Queue*. Dicen que estos debates están permeados de juicios de valor subjetivos y que lo importante es disponer de un modelo que nos permita capturar el funcionamiento adecuado de las colas, su estructura matemática, para hacerlas más eficientes, reducir (o, al menos, predecir) el tiempo de espera, etc. Esto es todo lo que la teoría de las colas puede ofrecer⁸. De hecho, sostienen, las colas constituyen en *Queue* un subsistema social autónomo que puede ser comprendido prescindiendo de su origen y de su función.

Es obvio que nuestra comprensión de las colas aumenta considerablemente con dicha teoría y ahora disponemos ya de especialistas en teoría de colas. Sin embargo, ¿es esto todo lo que nuestra comprensión de la práctica de guardar la cola requiere?

Yo creo que no y creo también, como a estas alturas resultará obvio, que algo semejante ha ocurrido en la modernidad con nuestras concepciones del Derecho. No estoy ahora en condiciones de establecer ni siquiera un bosquejo de la historia de las ideas y de la evolución del Derecho en los últimos siglos para mostrarlo. Pero todos podemos recordar cómo hasta el siglo XIX la teoría jurídica y la teoría política no se concebían una sin la otra y, por tanto, establecer la naturaleza del Derecho se veía como una tarea conceptual con una dimensión normativa. Obviamente que en esta tarea conceptual hay discrepancias, algunos conciben el Derecho como una técnica para guiar el comportamiento, otros como una disciplina de la coacción, otros como imbricada con la justificación de la coacción, como un modo de reducir los conflictos y evitar las situaciones de dilema del prisionero, como un modo de incrementar el bienestar de los seres humanos, como un modo de hacer compatibles la libertad y autonomía de todos los ciudadanos, etc. En el siglo XIX, sin embargo, en Gran Bretaña los padres del iuspositivismo inglés, J. BENTHAM y J. AUSTIN, interesados en denunciar las arbitrariedades del propio sistema jurídico en el que vivían y en su reforma, establecieron una clara separación entre el Derecho tal como es y el Derecho tal como debe ser; precisamente para permitir que su utilitarismo reformador estableciera qué aspectos del Derecho inglés debían ser profundamente reformados⁹. En Alemania, la otra gran tradición jurídica, se configura una, podemos decir, *autonomización* del Derecho que va de la obra de la jurisprudencia de conceptos de R. VON IHERING hasta H. KELSEN, pasando por la Escuela alemana de Derecho público (esto es, GERBER, LABAND y JELLINEK) y que tal vez tiene más que ver con una fuerte pulsión disciplinar y de prestigio de los juristas, al margen del resto de los científicos sociales. El Derecho configura un ámbito autónomo de la realidad que debe ser comprendido con una metodología autónoma, la metodología interpretativa de la dogmática jurídica¹⁰.

⁸ De hecho existe una desarrollada *teoría de colas* en matemáticas. Puede verse BOSE, 2001.

⁹ Para BENTHAM puede verse HART, 1982; POSTEMA, 1986, y MORESO, 1992; para AUSTIN, MORISON, 1982; RUMBLE, 1985, y TURÉGANO, 2001.

¹⁰ Una buena presentación de esta evolución que conjetura un significado ideológico de carácter conservador a este proceso puede hallarse en WILHELM, 1958. Curiosamente DWORKIN (DWORKIN, 2006: 213) ha realizado una crítica semejante acerca de la presunta autonomía de la filosofía del Derecho: «Según su entendimiento, la filosofía jurídica es distinta no sólo de la práctica real del Derecho, sino también del estudio académico de los campos jurídicos sustantivos y procesales porque tanto la práctica como el estudio del Derecho son acerca de la legislación de alguna jurisdicción particular, mientras la filosofía del Derecho es acerca del Derecho en

H. KELSEN todavía no funda la pureza de su teoría jurídica en los postulados filosóficos del positivismo lógico sino en el neokantismo¹¹, pero su concepción acerca de los juicios de valor es ya la misma concepción escéptica, y por semejantes razones, de la del positivismo lógico¹². Y fue A. ROSS el que escribió que apelar a la justicia es como dar un golpe sobre la mesa (ROSS, 1958: 274). De hecho el realismo jurídico escandinavo se había originado en la obra de A. HÄGERSTRÖM, que es justamente considerado uno de los predecesores del emotivismo ético¹³. Pero en cualquier caso, es obvio que la importancia del positivismo lógico había de notarse y largamente en la teoría jurídica.

De todos modos, lo que sí había quedado presente en toda la reflexión jurídica desde la Ilustración como un ideal, es el ideal de la certeza del Derecho. El ideal con arreglo al cual sólo leyes claras y precisas pueden guiar el comportamiento humano y son respetuosas con la autonomía personal. Creo que este ideal es lo que en la reflexión jurídica puede considerarse paralelo al óptimo de Pareto en economía. Dado que los fines más robustos, como el bienestar de los seres humanos, la libertad o la igualdad, son controvertidos y presuponen consideraciones evaluativas, quedémonos con este objetivo más frágil pero más firme. Ocurre aquí como con el óptimo de Pareto, existen maneras de hacer el Derecho cierto pero profundamente insatisfactorio. En alguna otra ocasión me he referido (MORESO, 2004) a la idea conforme a la cual un derecho privado sin vicios del consentimiento sería mucho más cierto, pero también mucho más injusto. Si los contratos no fueran nulos por error o por intimidación sería más claro (como en la *stipulatio* del Derecho romano arcaico) cuando hemos contraído una obligación contractual, ahora hay que determinar, por ejemplo, la naturaleza del error, su relación con mi declaración de voluntad, etc., y para hacerlo a menudo hay que realizar juicios de valor¹⁴.

De hecho, incluso las posibilidades de alcanzar este ideal han sido puestas en duda. El *realismo jurídico americano* consideró que el Derecho antes de su aplicación no estaba en condiciones de disciplinar el comportamiento de los aplicadores y que éstos harían bien en tomar sus decisiones de acuerdo con las consecuencias que ellas producirían en el mecanismo social¹⁵. Algunas de estas ideas están presentes en la crítica ideológica a la concepción estándar del Derecho de los *Critical Legal Studies*¹⁶ o al profundo escepticismo interpretativo de lo que puede denominarse como *realismo jurídico italiano*¹⁷, conforme al cual cualquier proposición referida al contenido del Derecho supone un juicio de valor y, para esta concepción, carece de valor de verdad.

general. Es también distinta e independiente de la filosofía política normativa porque es conceptual y descriptiva y no sustantiva y normativa. Es diferente de la sociología y la antropología jurídicas porque aquéllas son disciplinas empíricas, mientras la filosofía jurídica es conceptual. [...] La analogía con la teología escolástica es, de nuevo, tentadora».

¹¹ Véase, por ejemplo, PAULSON, 1992.

¹² Pueden verse los trabajos de KELSEN (KELSEN, 1957).

¹³ Véase HÄGERSTRÖM, 1953. Esta obra, editada por K. OLIVECRONA, fue traducida por C. D. BROAD, uno de los filósofos que siguió el positivismo lógico.

¹⁴ Véase la misma idea aplicada a las causas de justificación en el Derecho penal en MORESO, 2001a, y esta idea general en MORESO, 2005.

¹⁵ Puede verse, por ejemplo, TARELLO, 1962, y SUMMERS, 1982.

¹⁶ Véanse ALTMAN, 1980, y KELMAN, 1987.

¹⁷ Véase su concepción de la interpretación jurídica en, por ejemplo, TARELLO, 1980, y GUASTINI, 1991, 1993, 1996, 1998.

En cualquier caso, afincada en este ideal implícito, la teoría del Derecho disfrutó en las últimas décadas del siglo XX de un impresionante desarrollo. Se elaboró una teoría de las normas más adecuada, teniendo muy presentes los desarrollos de la lógica deóntica¹⁸. Se estableció una mejor tipología del tipo de reglas jurídicas que integran los sistemas jurídicos, teniendo muy presente que no todas ellas establecen deberes¹⁹. Y, sobre todo, siguiendo ideas kelsenianas acerca de la estructura sistemática del Derecho²⁰ se elaboraron nociones muy sofisticadas de sistema jurídico: de las relaciones estructuradoras entre las normas y de los cambios que por la creación y eliminación de normas se producen en ellos²¹. A ello hay que añadir, sin duda, los numerosos estudios sobre interpretación y argumentación jurídica aparecidos en las últimas décadas²². El desarrollo formal y la recepción de determinados avances en las diversas ramas de la filosofía han posibilitado disponer de una teoría jurídica mucho más articulada²³. Como SEN nos recordaba en el caso de la teoría económica, también aquí es cierto que la filosofía moral y la filosofía política se beneficiarían de algunos de los desarrollos de la teoría jurídica.

En paralelo a este desarrollo, determinada literatura mostraba de diversos modos la preocupación de que la teoría jurídica diera cuenta de la dimensión *normativa* del derecho, de su capacidad para suministrarnos razones para la acción²⁴. Por otro lado, el impresionante desarrollo, desde la teoría de la justicia de RAWLS (RAWLS, 1971), de la filosofía moral y la filosofía política hacían más difícil una teoría jurídica que prescindiera absolutamente de consideraciones evaluativas, como la teoría de R. DWORKIN y el debate que originó ponen de manifiesto (DWORKIN, 1977, 1986, 2006).

4. LAS TESIS DE LA NEUTRALIDAD VALORATIVA

En el debate actual en la teoría jurídica hay al menos dos tesis, independientes entre sí, que se relacionan con la neutralidad valorativa y que según creo merece la pena distinguir. Según la primera de ellas, el análisis del concepto de Derecho, la determinación de cuál sea la naturaleza del Derecho puede ser llevada a cabo sin recurrir a consideraciones valorativas. La teoría del Derecho debe reconstruir los rasgos más sobresalientes de esa práctica que llamamos Derecho y este análisis conceptual comporta únicamente una tarea descriptiva. Podemos enunciarla así:

¹⁸ Que tenían sus orígenes en la analogía entre operadores modales y deónticos que se halla ya en LEIBNIZ, 1671, y BENHTAM, 1970, por ejemplo, y que en el siglo XX se origina en trabajos como VON WRIGHT, 1951, o KALINOWSKI, 1953.

¹⁹ La obra de HART es elocuente en este sentido (HART, 1961). Las contribuciones de SEARLE fueron también claves para la consciencia de la presencia de reglas constitutivas en el Derecho (véase SEARLE, 1969 y 1995). En España puede verse por ejemplo, ATIENZA-RUIZ MANERO, 1996, y HERNÁNDEZ MARÍN, 1998.

²⁰ En KELSEN, 1960, véase también BOBBIO, 1960.

²¹ Véanse, sobre todo, RAZ, 1970, y ALCHOURRÓN-BULYGIN, 1971. En la literatura iusfilosófica en castellano (aparte de la traducción de ALCHOURRÓN-BULYGIN, 1971), por ejemplo, CARACCILO, 1988; ALCHOURRÓN-BULYGIN, 1991; MORESO-NAVARRO, 1993, y RODRÍGUEZ, 2002.

²² Sobre interpretación la literatura es inmensa pero, aparte de GUASTINI, 1993, 1996, podemos citar MARMOR, 1992. Sobre argumentación jurídica, por ejemplo, ALEXY, 1978; MACCORMICK, 1978, y ATIENZA, 2006.

²³ Un artículo de N. BOBBIO (BOBBIO, 1950), lúcidamente exponía un programa de investigación para la teoría del derecho que contenía todas estas cuestiones a la luz de los postulados del positivismo lógico.

²⁴ En la literatura en castellano contamos con dos obras capitales al respecto, ambas en los años noventa. BAYÓN, 1992, y REDONDO, 1996.

[TNV 1]: La explicación conceptual de la naturaleza del Derecho es una tarea descriptiva y para llevarla a cabo no hace falta recurrir a consideraciones valorativas.

La segunda tesis de la neutralidad valorativa establece que el contenido del Derecho, aquello que el Derecho requiere, ha de ser establecido sin recurrir a consideraciones valorativas. Puede ser formulada del siguiente modo:

[TNV 2] La determinación del contenido del Derecho, de aquello que el Derecho requiere, depende únicamente de determinados hechos sociales, que pueden describirse sin recurrir a consideraciones valorativas.

Quiero insistir en que estas dos tesis son independientes entre sí. Es cierto que ambas tesis han sido asociadas al positivismo jurídico y algunos de los autores positivistas han vindicado ambas. Seguramente ambas tesis son atribuibles al ideal de pureza kelseniano. Seguramente también son atribuibles a la caracterización de Bobbio del positivismo jurídico como *approach* (BOBBIO, 1965: 41)²⁵:

«En el primer aspecto —esto es, como modo de acercarse al estudio del Derecho— el positivismo jurídico está caracterizado por una clara distinción entre Derecho real y Derecho ideal, utilizando otras expresiones equivalentes, entre Derecho como hecho y Derecho como valor, entre el Derecho que es y el Derecho que debe ser; y por la convicción de que el Derecho del cual debe ocuparse el jurista es el primero y no el segundo».

Pero también es cierto que en el debate contemporáneo, por ejemplo, mientras HART sostiene la primera tesis y rechaza la segunda, RAZ rechaza la primera y sostiene la segunda.

Ésta es la posición de H. L. A. HART respecto de la primera tesis (HART, 1994: 240):

«Mi enfoque es *descriptivo* en el sentido de que es moralmente neutral y no tiene pretensiones justificativas: no trata de justificar o recomendar con arreglo a fundamentos morales o de otro tipo las formas y estructuras que aparecen en mi enfoque general del Derecho, aunque una clara comprensión de estos es, creo, un preliminar importante para una útil crítica moral del Derecho».

Es decir, HART sostiene la primera tesis [TNV 1]. Y HART rechaza la segunda (HART, 1994: 250):

«[...] la regla de reconocimiento puede incorporar como criterios de validez jurídica la conformidad con principios morales o valores sustantivos; es decir, mi doctrina es lo que ha sido denominado "*soft-postivism*" y no como aparece en la versión de DWORKIN de ella "*plain-fact positivism*"».

En cambio, J. RAZ rechaza la primera tesis (RAZ, 2001: 21)²⁶:

«Al fin y al cabo la propia comprensión de HART de su teoría, este es el fin de la cuestión, rechaza que la explicación de la naturaleza del Derecho sea evaluativa. Para él, se tra-

²⁵ BOBBIO también había escrito —en consonancia con las tesis del positivismo lógico— (BOBBIO, 1961: 134): «Para el positivista la ciencia excluye de su propio ámbito los juicios de valor porque quiere ser un conocimiento puramente *objetivo* de la realidad, mientras los juicios en cuestión son siempre *subjetivos* (o personales), y por ello contrarios a la exigencia de objetividad». Vale tal vez la pena recordar aquí que los escépticos acerca del Derecho (*los realistas jurídicos*), aceptarían la primera tesis pero rechazarían la segunda, puesto que el contenido del Derecho es siempre determinado mediante operaciones interpretativas que presuponen juicios de valor subjetivos y que no son racionalmente controlables.

²⁶ Véanse también para las razones del rechazo de la primera tesis, FINNIS, 1980: cap. 1; RAZ, 1994: caps. 9 y 10; PERRY, 1995: cap. 3, y PERRY, 2001: cap. 9; MOORE, 1998; WALDRON, 2001: cap. 12; GREENBERG, 2004, y DWORKIN, 2006: cap. 6.

taba de una tarea «descriptiva». Por razones explicadas por J. FINNIS y otros, creo que HART está aquí en un error, y DWORKIN está en lo cierto cuando sostiene que la explicación de la naturaleza del Derecho involucra consideraciones evaluativas».

No obstante, RAZ acepta la segunda tesis [TNV 2] y se convierte en su principal valedor (RAZ, 1979: 39-40):

«Una teoría del Derecho es aceptable sólo si sus criterios para identificar el contenido del Derecho y determinar su existencia dependen exclusivamente de hechos relativos a la conducta humana capaces de ser descritos en términos valorativamente neutrales y aplicados sin recurrir a la argumentación moral».

Creo que es importante distinguir ambas tesis y, en consecuencia, analizarlas por separado. Trataré, a continuación, de mostrar las razones por las que me parece plausible, no obstante, argumentar en contra de ambas.

Por lo que respecta a la primera de ellas [TNV 1], comencemos por la siguiente afirmación de A. MARMOR (MARMOR, 2007):

«Las teorías del Derecho contemporáneas definen dos principales cuestiones acerca de la naturaleza del Derecho. En primer lugar, necesitamos comprender las condiciones generales que harían jurídicamente válida determinada norma. ¿Son únicamente, por ejemplo, referidas a la fuente de la norma, tal como la promulgación por determinada institución política, o también guardan relación con su contenido? Se trata de una cuestión general acerca de las condiciones de validez jurídica. En segundo lugar, hay la cuestión de la dimensión normativa del Derecho. Esta cuestión filosófica tiene dos dimensiones; un enfoque filosófico completo de la normatividad del Derecho comprende a la vez una tarea explicativa y una tarea normativa y justificativa. La tarea explicativa consiste en un intento de explicar cómo las normas jurídicas dan lugar a razones para la acción y qué tipo de razones están involucradas. La tarea de justificación concierne a la elucidación de las razones que las personas *deben* tener para reconocer la dimensión normativa del Derecho. Una teoría acerca de la naturaleza del Derecho, como opuesta a a las teorías críticas del Derecho, se concentra en la primera de las dos cuestiones. Intenta explicar en qué consiste la normatividad del Derecho. Algunos iusfilósofos contemporáneos, sin embargo, dudan de que estos dos aspectos de la normatividad del Derecho puedan separarse».

Aunque éste no es el caso de MARMOR, podemos ver con sus propias palabras el nervio de la argumentación de aquellos que consideran que ambas tareas no pueden ser separadas (MARMOR, 2006: 688):

«Hablando en general, no puede comprenderse una práctica social sin conocer para qué es, cuál es su función. Sin una comprensión de las funciones esenciales, o *rationale*, de la práctica social o institución sería vano intentar una comprensión teórica de ella. Ahora bien, no es difícil darse cuenta que el Derecho tiene funciones morales y políticas en nuestra sociedad. Lo tenemos para resolver, entre otras cosas, problemas morales y políticos. Por tanto, sería fútil, si no carente de sentido, tratar de elucidar la naturaleza del Derecho en términos que no usen conceptos morales y no comporten una comprensión del tipo de problemas morales y políticos que el Derecho ha de resolver».

Esta afirmación debería bastar para comprender que la teoría jurídica debe embarcarse en algún tipo de elucidación normativa. La teoría y la filosofía jurídicas ocupan un lugar de engarce entre la filosofía social y la filosofía moral y política. A pesar de ello, MARMOR (y HART), por ejemplo, insisten en que no es así. Tratar de mostrar adecuadamente las razones por las cuales la tarea de la teoría jurídica tiene una dimensión evaluativa nos llevaría a analizar con detenimiento la vieja idea weberiana según la cual al

construir determinados *tipos ideales* en ciencias sociales, en la tarea de la construcción conceptos, es inevitable una instancia valorativa, compatible con el ideal weberiano de una ciencia *wertfrei* (WEBER, 1917).

Ciertamente, parece que privilegiar alguna de las funciones que el Derecho tiene en la sociedad requiere algún tipo de tarea normativa. Veámoslo sólo con un ejemplo. Cuando HART replica a DWORKIN en el *Postscript*, tratando de vindicar su concepción descriptiva de la naturaleza del Derecho, afirma lo siguiente (HART, 1994: 248-249)²⁷:

«Mientras la teoría interpretativa del Derecho de DWORKIN descansa en el presupuesto de que el sentido o el propósito del Derecho y de la práctica jurídica es justificar la coerción, ciertamente no mantengo ni nunca he mantenido el punto de vista con arreglo al cual el Derecho tiene este sentido o propósito. Como otras formas de positivismo mi teoría no pretende identificar el sentido o el propósito del Derecho y de las prácticas jurídicas como tales; de modo que no hay nada en mi teoría a favor del punto de vista de DWORKIN, que ciertamente no comparto, de que el propósito del Derecho es justificar el uso de la coerción. De hecho, considero bastante vano tratar de delimitar para el Derecho un propósito específico más allá de señalar que suministra guías para el comportamiento humano y estándares de crítica de tal comportamiento».

Dejando aparte ahora el debate sustantivo entre el sentido del Derecho entre HART y DWORKIN, lo que me parece claro es que HART no puede excluir una concepción del Derecho como la de DWORKIN sin apelar a algunos elementos evaluativos que privilegien su idea de que la naturaleza del Derecho guarda una relación esencial con la dirección y evaluación del comportamiento humano y no con otras funciones que el Derecho también realiza (vid., en el mismo sentido, PERRY, 1995).

Debe quedar claro, con todo, que esta tarea evaluativa es de naturaleza muy abstracta y no autoriza la introducción de juicios de valor particulares por parte del teórico. En este sentido, la idea de DWORKIN para el cual la teoría del Derecho es la parte silenciosa de la aplicación del Derecho (DWORKIN, 1986: 90) es cuestionable. Sería como sostener que la ética general es sólo la parte silenciosa de la ética médica, que tal vez no coincida con la parte silenciosa de la ética de los negocios. En sentido contrario, me parece que el razonamiento sobre la ética general tiene perfecto sentido autónomamente²⁸.

Debe quedar claro, también, que aquí no he tratado de argumentar contra la posición más extrema según la cual la elucidación de la naturaleza del Derecho no puede tener una dimensión evaluativa, porque los argumentos evaluativos no están sujetos a control racional y deben quedar apartados de la reflexión científica y de la reflexión filosófica. Ésta no es la posición de la mayor parte de los autores presentes en el debate contemporáneo, aunque algo de ello podía haber en el trasfondo de las razones de HART para vindicar su enfoque descriptivo. En este sentido RAZ ha escrito (RAZ, 2001: 5):

«El problema que HART debía resolver era el problema de las relaciones entre Derecho y moral a la vista de dos creencias filosóficas: en primer lugar, sus dudas acerca de la objetividad de la ética y de todos los juicios de valor, y en segundo lugar, su creencia en la objetividad del Derecho».

²⁷ Véase también esta forma de argumentar en PERRY, 2001.

²⁸ Para una crítica a DWORKIN semejante, tratando de mostrar que la naturaleza del derecho es independiente de lo que sobre este punto elaboren los jueces, véase. RAZ, 2007.

Vayamos ahora a la segunda tesis. Esta es la tesis que divide, en el debate contemporáneo, a los defensores del positivismo jurídico inclusivo y exclusivo. Mientras los segundos la abrazan, los primeros la rechazan. Como es sabido, la defensa de la tesis [TNV 2] por parte de RAZ es una de las consecuencias de su teoría de la autoridad (RAZ, 1986: caps. 2 y 3; RAZ, 1994, cap. 9). Dicho ahora de manera muy simplificada, la teoría de RAZ sostiene que el Derecho es una institución que pretende *autoridad*, esto es, que pretende ofrecer razones para la conducta de los sujetos normativos. Obviamente que dicha pretensión de autoridad puede fracasar, esto es, es posible que las directivas de la autoridad no reflejen las razones genuinas que los sujetos normativos tienen para comportarse de determinado modo. Sin embargo, según la teoría de la autoridad de RAZ, las directivas dotadas de autoridad deben reemplazar las razones que los sujetos tienen para comportarse de determinado modo, es decir, los sujetos normativos han de poder identificar el contenido de las razones de las autoridades sin recurrir a sus propios juicios de valor. Por tanto, si el Derecho conceptualmente es una institución que posee el rasgo de la pretensión de autoridad, entonces su contenido ha de poder identificarse sin recurrir a argumentos valorativos. ¿Significa esto que, según RAZ, los jueces nunca deben apelar a la moralidad para decidir los casos? Pues no, según RAZ, es el mismo Derecho identificado sin recurrir a valoraciones el que autoriza a los jueces a aplicar consideraciones extrajurídicas: «bastante habitualmente los jueces tienen discreción para modificar las reglas, o para introducir excepciones en su aplicación, y cuando disponen de tal discreción deben recurrir al razonamiento moral para decidir si usarlo y cómo» (RAZ, 1994: 319). Según RAZ, por tanto, el Derecho es identificado siempre sin recurrir a valoraciones, pero los jueces tienen discreción para modificarlo, de acuerdo con pautas morales, cuando deciden los casos. Por esta razón, RAZ divide el razonamiento jurídico en razonamiento acerca del Derecho (*reasoning about the law*) y razonamiento con arreglo al derecho (*reasoning according to law*): «El primero es gobernado por la tesis de las fuentes, el segundo considero que es ya razonamiento moral propio» (RAZ, 1994: 316-317)²⁹.

Considero, no obstante, que como DWORKIN ha sostenido en diversas ocasiones (DWORKIN, 1986: 429-430, nota 3, y también, DWORKIN, 2006: caps. 7 y 8):

«RAZ considera que el Derecho no puede estar dotado de autoridad excepto si quienes lo aceptan nunca usan sus propias convicciones para decidir lo que requiere, incluso de un modo parcial. Pero, ¿por qué debe el Derecho ser una autoridad ciega más que dotada de autoridad de una manera menos estricta como otras concepciones asumen?».

Como DWORKIN, de nuevo, sostiene (DWORKIN, 2006: 198-211) son necesarios muchos arreglos *ptolemaicos* para aceptar una teoría jurídica compatible con la teoría de la autoridad de RAZ. Hay que suponer, por ejemplo, que siempre que el Derecho usa conceptos morales no está incorporando la moralidad, sino sólo apelando a la discreción judicial³⁰.

Si rechazamos los argumentos de RAZ y tampoco somos escépticos acerca de la posibilidad de la argumentación racional en materia moral, entonces es plausible sostener

²⁹ Véase una nueva defensa de esta posición en RAZ, 2004.

³⁰ Me he ocupado de ello en otros lugares, en donde he argumentado a favor de una forma de positivismo jurídico inclusivo. Véanse. MORESO, 2002, y MORESO, 2004.

que las condiciones de verdad de determinadas proposiciones acerca de lo que el Derecho requiere precisan recurrir a argumentos morales, al menos cuando las pautas jurídicas remiten a ellos. El positivismo jurídico inclusivo³¹ sostiene también que es conceptualmente posible un sistema jurídico que nunca remita a la moralidad y, por tanto, defiende la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral por esta razón. A DWORKIN (DWORKIN, 2006: 188-198) esto le parece una promesa *pickwickiana*, y DWORKIN arguye tratando de mostrar que se trata de un intento de defender tesis anti-positivistas con un lenguaje positivista. Pero no voy a tratar de analizar aquí los argumentos de DWORKIN. Quiero, no obstante, poner de manifiesto que en un punto los argumentos de DWORKIN para defender su noción interpretativa de Derecho no me parecen convincentes (DWORKIN, 2006: caps. 1 y 8). DWORKIN distingue cuatro conceptos de Derecho, dos descriptivos que denomina *sociológico* y *taxonómico* y dos normativos, *doctrinal* y *aspiracional*³². El concepto doctrinal es el que tiene primacía en su teoría, pues es el que establece las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas, las proposiciones acerca del contenido del Derecho. Me parece que una elucidación de la naturaleza del Derecho debe servir tanto para establecer las bases de aquello que el Derecho requiere, de la identificación del contenido del Derecho, cuanto para distinguir el Derecho de otros órdenes normativos o establecer cuándo en determinada sociedad podemos decir que hay un sistema jurídico. La pluralidad de conceptos de Derecho me parece tan extraña como, para volver a la alegoría inicial, la de alguien que sostuviera que hay un concepto de cola que sirve para distinguirla de las aglomeraciones y otro, por ejemplo, que sirve para establecer los deberes y derechos de los integrantes de la cola. Una y la misma noción de cola debe servir para las dos cosas, me parece. Tal vez la insistencia de DWORKIN en dar cuenta de las discrepancias tan presentes acerca de la naturaleza y el contenido del Derecho, le ha hecho ignorar que el Derecho es una práctica con una razonable estabilidad, que consigue coordinar los comportamientos, prever y resolver los conflictos con un grado aceptable de éxito.

Una de las críticas más fundamentales de DWORKIN al positivismo jurídico reside precisamente en que dicha doctrina deja por explicar las discrepancias que se producen entre los juristas (DWORKIN, 2006: 233)³³: «los juristas discrepan a menudo acerca de lo que el Derecho es en alguna materia, aunque están de acuerdo acerca de todos los hechos históricos que los positivistas citan y que, según su punto de vista, agotan las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas (*propositions of law*)». Es más, arguyendo contra la defensa de J. COLEMAN (COLEMAN, 2001) del positivismo inclusivo, DWORKIN sostiene que el argumento de COLEMAN presupone que los jueces en los Estados Unidos están de acuerdo en que la validez de algunas de las leyes depende de su corrección moral, dado que así lo exigen las disposiciones constitucionales, pero añade (DWORKIN, 2006: 194): «esto ciertamente no es verdad. Por el contrario, la proposición que la cláusula de la igual protección hace el Derecho dependiente de la moralidad es también profundamente controvertida. Muchos juristas, incluidos algunos de los jueces del Tribunal Supremo, insisten en que es verdadera, mientras otros, incluidos otros jue-

³¹ Véanse WALUCHOW, 1994; COLEMAN 2001; MORESO, 2002, e HIMMA, 2002.

³² Hasta donde yo sé, el primer autor que sostuvo la coexistencia de conceptos descriptivos y normativos de derecho fue C. NINO, por ejemplo en NINO, 1994.

³³ Para una caracterización general de las discrepancias en el Derecho y su importancia teórica, véase BESON, 2005.

ces del Tribunal Supremo, la rechazan duramente. Muchos de ellos insisten en que la cláusula hace que la ley dependa de hechos históricos acerca de lo que los *framers* consideraban injusto, o de lo que los americanos en general juzgan injusto, o algo similar».

Me parece que se trata de un argumento convincente. Si la existencia del Derecho es un fenómeno convencional (como quiere el positivismo hartiano), entonces deberán existir convenciones ampliamente compartidas que permitan la identificación del Derecho. Sin embargo, estas convenciones parecen ser desafiadas por las diversas concepciones de lo que el Derecho requiere en una sociedad.

Ahora bien, la concepción del Derecho de DWORKIN, en competencia con las demás, proyecta una imagen de la práctica jurídica que la asemeja demasiado a los debates académicos acerca de la democracia, la igualdad u otros valores políticos. Si nuestras discrepancias son tan amplias, es legítimo preguntarnos cómo es posible que el Derecho rijan nuestra conducta de un modo razonable. Ha de haber algunos elementos del Derecho que expliquen esta estabilidad. La propia teoría de HART al concebir el Derecho como la unión de reglas primarias y secundarias tal vez nos puede ofrecer una pista de la línea a seguir.

No me parece razonable considerar que todo lo que el Derecho requiere es controvertido y depende de consideraciones valorativas. Algunos aspectos de la práctica han de estar protegidos de esta controversia. En mi opinión —y expuesto de modo muy tentativo— al menos el contenido de las reglas jurídicas de las siguientes clases ha de poder identificarse sin controversia ni recurso a valoraciones³⁴:

a) Las resoluciones judiciales y administrativas que establecen las decisiones individuales.

b) Las reglas que establecen qué decisiones judiciales son definitivas y los procedimientos para hacerlas cumplir por el resto de órganos judiciales y administrativos.

Los dos puntos merecen algún comentario. Las decisiones individuales que ponen fin a las controversias han de atribuir derechos y deberes de un modo claro. Una sentencia penal debe condenar a X por haber cometido el delito D, no puede condenar a X bajo la condición de que no estuviera amparado por una causa de justificación (lo que seguiría siendo controvertible).

Respecto del último punto es importante notar que, por ejemplo, aunque la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2007 sobre la constitucionalidad de determinados artículos de los Acuerdos entre España y la Santa Sede es muy controvertida y destacados juristas opinan que no es acorde con la Constitución, nadie pone en duda que —dado que la decisión es, según el Derecho español, definitiva— el Tribunal Superior de Canarias que planteó la cuestión de inconstitucionalidad, debe resolver el caso considerando los artículos de los Acuerdos como constitucionales.

Ello no ha de llevarnos, en mi opinión, a creer, como se ha sugerido recientemente³⁵, que la regla de reconocimiento ha de establecer que es Derecho aquello que establece el Tribunal Constitucional. Es posible sostener que una determinada norma es

³⁴ Obviamente que así se concede una parte de la razón a los positivistas exclusivos que sostienen que la existencia y el contenido del derecho se determina sin recurrir a la moralidad. Véase, recientemente, RAZ, 2004.

³⁵ Véase. HIMMA, 2003, 2005.

contraria a la Constitución y, sin embargo, que los jueces ordinarios tienen el deber de aplicarla en virtud de la estructura jerárquica del sistema jurídico³⁶. Es más, ésta es al parecer la propia autocomprensión que los Tribunales superiores tienen de su función.

En mi opinión, sobre la posibilidad de identificar convencionalmente estas reglas a través de la regla de reconocimiento, reglas que también son secundarias y que sólo precisan la aceptación de los «*officials*» en la terminología hartiana, es posible anclar la estabilidad de nuestros sistemas jurídicos³⁷. De este modo, se atenúa el efecto que una discrepancia profunda sobre el contenido de determinadas reglas pueda tener. Es posible, entonces, no estar de acuerdo sobre si la Constitución autoriza la despenalización del aborto, o la eutanasia, o sobre los límites de la libertad religiosa, porque en los conflictos concretos todos aceptamos las reglas que confieren competencia a algunos órganos para dictar resoluciones definitivas.

Queda por explicar cómo han de entenderse las discrepancias acerca de lo que el Derecho requiere. Parece que el positivismo jurídico recomendaría una comprensión de las discrepancias jurídicas, como por ejemplo entre:

[1a] La Constitución española prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo,

y

[1b] La Constitución española no prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo

semejante a la que apreciamos entre

[2a] Los caracoles están sabrosos

y

[2b] Los caracoles no están sabrosos;

o bien entre

[3a] Andreu Buenafuente es divertido

y

[3b] Andreu Buenafuente no es divertido.

El problema con estas afirmaciones es que nos aparecen como realmente discrepancias (y podemos discutir acerca de su verdad o falsedad), pero a la vez parece que no hay ningún tipo de defecto cognitivo en quien las pronuncia, llamémoslas *discrepancias no defectuosas*³⁸. Que no hay ningún tipo de defecto cognitivo puede comprenderse como que las circunstancias de percepción y juicio de los que pronuncian estas oraciones en una conversación no están alteradas. Pongamos un ejemplo: si enviamos por fax a dos números distintos un texto y la máquina de origen funciona adecuadamente

³⁶ No hace falta para ello, en mi opinión, suponer que los jueces tienen el poder jurídico de dictar sentencias contrarias a la Constitución, aunque tienen prohibido hacerlo. Aunque ésta es precisamente la posición de KRAMER, 2005. Y ésta es la posición de M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO en ATIENZA y RUIZ MANERO, 1996: 94-95. Véase también mi discusión crítica de este punto de su teoría en MORESO, 2001b: 168-169.

³⁷ Tal vez una idea semejante sea la sugerida por KUTZ, 2001, y SÁNCHEZ BRÍGIDO, 2007.

³⁸ Véase KÖLBEL, 2003, La discusión contemporánea sobre el discurso de lo que es divertido y, en general, sobre las condiciones de verdad en ámbitos como estos debe mucho al excelente libro de C. WRIGHT (WRIGHT, 1992). La forma en que presento la cuestión sigue a D. LÓPEZ DE SA (LÓPEZ DE SA, 2007a, 2007b). «El ejemplo preferido de LÓPEZ DE SA es “Homer Simpson is funny”».

y la de destino también, llegarán el mismo texto a ambos números; dicho de otro modo, si las máquinas funcionan correctamente y no llega el mismo texto es que no se envió el mismo texto. Éste es el modo en que, creo, el positivismo jurídico contempla las discrepancias jurídicas: aparentemente hay un desacuerdo, pero no hay ningún defecto epistémico entre los que discrepan. Es por esta razón que, en dichos casos, el positivismo jurídico habitualmente sostiene que los jueces tienen discreción para tomar la decisión. Veamos la siguiente frase de K. GREENAWALT (GREENAWALT, 1975: 386):

«La discreción existe mientras no exista ningún procedimiento práctico para determinar si el resultado es correcto, los juristas bien informados discrepan acerca de cuál es el resultado adecuado y la decisión de un juez, cualquiera que sea, no será considerada por la mayoría como un incumplimiento de sus responsabilidades judiciales».

La explicación de la apariencia de discrepancia puede proceder del hecho de que este tipo de oraciones activan determinados *presupuestos comunes* entre los que participan el debate. Si los que discrepanamos acerca del sabor de los caracoles somos mi amigo Jaume y yo, que somos razonablemente similares en lo que al gusto por los caracoles se refiere, entonces tal vez el debate puede proseguir: no son sabrosos por culpa de la salsa que los acompaña, por ejemplo. Si la discrepancia es con mi hija Júlia, que odia los caracoles, podemos decir que el presupuesto de una base común fracasa y, entonces, en realidad no hay contradicción, como no la hay entre mi afirmación «estoy cansado» y la tuya «no estoy cansado», son afirmaciones incompletas, indexicales³⁹.

Las discrepancias jurídicas activan también el presupuesto de que nos referimos a algunos fundamentos comunes. Este presupuesto tiene la peculiaridad de que contiene, inevitablemente, fundamentos normativos. Para determinar si la Constitución española prohíbe o no los matrimonios entre personas del mismo sexo es necesario referirse a la interpretación de la declaración de derechos contenida en dicha constitución. No se me alcanza cómo puede esto ser llevado a cabo sin una tarea que forma parte de la filosofía práctica. Comprender aquello que la Constitución española requiere, conlleva comprender aquello que la constitución española presupone⁴⁰. No se puede participar en debates como éste sin asumir determinadas premisas normativas. Es más, no se puede otorgar sentido a las prácticas jurídicas, seleccionar aquello que es relevante de aquello que no lo es, sin embarcarse en una actividad que contemple la dimensión normativa del Derecho.

5. CONCLUSIONES

Las conclusiones, entonces, son que para determinar la naturaleza del Derecho y para determinar su contenido es preciso, a menudo, recurrir a consideraciones valorativas. No debería resultar especialmente controvertible, si no fuese porque la idea de que los juicios de valor no están sujetos a control racional, está tan ampliamente difundida, que la explicación de determinadas prácticas humanas requieren una elucidación de su sentido que no puede llevarse a cabo sin embarcarse en un debate evaluativo. La comprensión de muchas de nuestras prácticas humanas, institucionales y no institucio-

³⁹ El ejemplo procede de C. WRIGHT (WRIGHT, 2001).

⁴⁰ Véase un perspicuo desarrollo de esta idea en CELANO, 2002.

nales, como la democracia o la amistad, apelan a este debate. No podemos comprender cuál sea la naturaleza de la democracia o la naturaleza de la amistad sin analizar cuándo y de qué modo estas prácticas introducen razones para actuar, sin comprender su dimensión normativa.

Esto no significa que calificar a un sistema político de democracia o a una relación personal de amistad implique necesariamente que debamos comportarnos conforme a lo que dichas prácticas establecen o sugieren. Hay formas tan degeneradas de democracia y de amistad que no requieren nuestro respeto ni aquiescencia, del mismo modo hay formas tan degeneradas de Derecho que no requieren nuestra aceptación ni cumplimiento. Pero una cabal comprensión del Derecho como institución requiere una elucidación de su sentido, una tarea que tiene una dimensión normativa. Analizar cómo se entrelazan los diversos valores y cómo una práctica humana los instancia, es una tarea, creo, inseparable de la explicación de la naturaleza de dicha práctica.

Esto no significa que los juicios de valor no filtrados del teórico del Derecho puedan introducirse en su análisis del sistema jurídico⁴¹. Es obvio que el Derecho tal y como es puede ser muy distinto, en algunos aspectos particulares, del Derecho ideal. Pero no es éste el tema que estamos debatiendo, el mismo DWORKIN reconoce sin problema alguno este punto (DWORKIN, 1996: 36):

«Yo no leo la Constitución como si contuviera todos los principios importantes del liberalismo político. En otros escritos, por ejemplo, he defendido una teoría de la justicia económica que requeriría una redistribución substancial de la riqueza en las sociedades políticas opulentas. Algunas constituciones nacionales intentan establecer un grado de igualdad económica como un derecho constitucional, y algunos juristas americanos han argumentado que nuestra Constitución puede ser comprendida como estableciéndolo. Pero yo no pienso de este modo, por el contrario, he insistido en que la integridad detendría cualquier intento de argumentar desde las cláusulas morales abstractas de la declaración de derechos, o desde cualquier otra parte de la constitución, hasta tal resultado».

Hay un aspecto que creo es rescatable de esta posición y de la idea del positivismo jurídico como *approach* que distingue el Derecho como es del Derecho como debe ser. Si bien ya he dicho que el Derecho como es no puede ser comprendido sin una adecuada comprensión del Derecho como debe ser, hay un punto de esta posición que merece la pena destacar. Tomado una expresión de P. MENZIES y P. PETTIT (MENZIES y PETTIT, 1993: 107), podemos decir que dicha actitud aconseja la *servidumbre epistémica* (*epistemic servility*), la sujeción a la regla epistémica de una realidad independiente. En este sentido, aquello que el Derecho español, por ejemplo, requiere es independiente del teórico del Derecho y del dogmático. Esta actitud epistémica puede también alejarnos de algo que, razonablemente, temen algunos autores como L. PRIETO o P. COMANDUCCI⁴², es decir, la sacralización de los valores que subyacen al constitucionalismo y, por ende, la sacralización del Derecho de nuestras sociedades, al identificarlo con nuestras teorías morales y políticas. Si, sin embargo, hacemos teoría del Derecho con servidumbre epistémica, podremos distinguir lo que el Derecho requiere de lo que debería requerir y, de este modo, conservaremos intacta la capacidad de censurarlo.

⁴¹ Véase una posición también moderada acerca de la presencia de juicios de valor en la teoría económica en MONGUIN, 2006.

⁴² Véanse PRIETO SANCHÍS, 1997, y COMANDUCCI, 2002.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1971: *Normative Systems*, Wien/New York: Springer.
- 1991: *Análisis lógico y Derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ALEXY, R., 1978: *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- ALTMAN, A., 1990: *Critical Legal Studies. A Liberal Critique*, Princeton, NJ: Princeton University Press.
- ATIENZA, M., 2006: *El derecho como argumentación*, Barcelona: Ariel.
- ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J. 1996: *Las piezas del derecho*, Barcelona: Ariel.
- AUSTIN, J., 1832: *The Province of Jurisprudence Determined*, W. RUMBLE (ed.), Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
- ARROW, K. J., 1951: *Social Choice and Individual Values*, New York: Wiley.
- AYER, A. J., 1936), *Language, Truth and Logic*, Harmondsworth, Middlesex: Penguin Books, 1971.
- BAYÓN, J. C., 1992: *La normatividad del derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- BENTHAM, J., 1970: *Of Laws in General*, H. L. A. HART (ed.), London: The Athlone Press.
- BESSON, S., 2005: *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*, Oxford: Hart Publishing.
- BOBBIO, N., 1950: «Scienza del diritto e analisi del linguaggio», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 6: 342-367.
- 1960: *Teoria dell'ordenamiento giuridico*, Torino: Giappichelli.
- 1961: *Il positivismo giuridico*, Torino: Giappichelli, 1996.
- 1965: *El problema del positivismo jurídico*, trad. de E. Garzón Valdés, México: Fontamara, 1991.
- BOSE, S. K., 2001: *An Introduction to Queueing Systems*, Dordrecht: Kluwer Academic/Plenum Publishers.
- CARACCILO, R., 1988: *Sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- CELANO, B., 2002: «Come deve essere la discipline costituzionale dei diritti?», en S. POZZOLO (ed.), *La legge e i diritti*, Torino: Giappichelli, pp. 89-123.
- COLEMAN, J., 2001: *The Practice of Principle*, Oxford: Oxford University Press.
- (ed.), 2001: *Hart's Postscript*, Oxford: Oxford University Press.
- COMANDUCCI, P., 2002: «Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico», *Isonomía*, 16: 89-112.
- DWORKIN, R., 1977: *Taking Rights Seriously*, London: Duckworth.
- 1986: *Law's Empire*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- 1996: «Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise», en R. DWORKIN, *Freedom's Law*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, pp. 1-38.
- 2006: *Justice in Robes*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- FERRER BELTRÁN, J., 2005: *Prueba y verdad en el derecho*, 2.^a ed., Madrid: Marcial Pons.
- FINNIS, J., 1980: *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press.
- GARGARELLA, R., y MORESO, J. J., 2006: «Prólogo», en J. L. MARTÍ MÁRMOL, *La república deliberativa*, Madrid: Marcial Pons.
- GREENBERG, M., 2004: «How Facts Make Law», *Legal Theory*, 10: 157-198.
- GREENAWALT, K.: «Discretion and Judicial Decisión: The Elusive Quest for the Fetters that Bind Judges», *Columbia Law Review*, 75: 359-398.
- GUASTINI, R., 1991: *Dalle fonti alle norme*, Torino: Giappichelli.
- 1993: *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano: Giuffrè

- 1996: *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino: Giappichelli.
- 1998: *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano: Giuffrè.
- HÄGERSTRÖM, A., 1953: *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, K. OLIVECRONA (ed.), translated by C.D. Broad, Stockholm: Almqvist & Wiksell.
- HARE, R. M., 1952: *The Language of Morals*, Oxford: Oxford University Press.
- HART, H. L. A., 1961: *The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press.
- 1982: *Essays on Bentham*, Oxford: Oxford University Press.
- 1994: «Postscript», en H. L. A. HART, *The Concept of Law*, 2.ª ed., P. A. BULLOCH y J. RAZ (eds.), Oxford: Oxford University Press, pp. 238-276
- HERNÁNDEZ MARÍN, R., 1998: *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Madrid: Marcial Pons.
- HIMMA, K. E., 2002: «Inclusive Legal Positivism», en J. COLEMAN; S. J. SHAPIRO y K. E. HIMMA (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford: Oxford University Press, cap. 4.
- 2003: «Making Sense of Constitutional Disagreement: Legal Positivism, the Hill of Rights, and the conventional Rule of Recognition in the United States», *Journal of Law and Society*, 42: 149-218 .
- 2005: «Final Authority To Bind With Moral Mistakes: On The Explanatory Potential of Inclusive Legal Positivism», *Law and Philosophy*, 24: 1-45.
- HUME, D., 1739-1740: *A Treatise of Human Nature*, L. A. SELBY-BIGGE y P. H. NIDDITCH (eds.), Oxford: Oxford University Press, 1978.
- HURLEY, S., 1990: *Natural Reasons*, Oxford: Oxford University Press.
- KALINOWSKI, G., 1953: «Théorie des propositions normatives», *Studia Logica*, 1: 147-183.
- KELMAN, M., 1987: *A Guide to Critical Legal Studies*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- KELSEN, H., 1957: *What is Justice. Justice, Law, and Politic in the Mirror of Science*, Berkeley: California University Press.
- 1960: *Reine Rechtslehre*, Wien: Franz Deuticke.
- KÖLBEL, M., 2003: «Faultless Disagreement», *Proceeding of the Aristotelian Society*, 104: 53-73.
- KUTZ, Ch., 2001: «The Judicial Community», *Nous. Philosophical Issues*, 11: 442-469.
- LEIBNIZ, G. W., 1671: *Los elementos del derecho natural*, trad. de T. GULLÉN VERA, Madrid: Tecnos, 1991.
- LÓPEZ DE SA, D., 2007a: «Presuppositions of Commonality. An Indexical Relativist Account of Disagreement», forthcoming en M. GARCÍA CARPINETERO y M. KÖLBEL (eds.), *Relativizing Truth*, Oxford: Oxford University Press.
- 2007b: «The Many Relativisms and the Questions of Disagreement», forthcoming en *International Journal of Philosophical Studies*, 15.
- MACCORMICK, N., 1978: *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press.
- MARMOR, A., 1992: *Interpretation and Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press.
- 2006: «Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral», *Oxford Journal of Legal Studies*, 26: 683-704.
- 2007: «The Nature of Law», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2007 Edition), E. N. ZALTA (ed.), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/spr2007/entries/lawphil-nature/>.
- (ed.), 1995: *Law and Interpretation*, Oxford: Oxford University Press.
- MENZIES, P., y PETTIT, Ph., 1993: «Found: The Missing Explanation», *Analysis*, 53: 100-109.
- MONGUIN, Ph., 2006: «Value Judgments and Value Neutrality in Economics», *Economica*, 73: 257-286.

- MOORE, M., 1998: «Hart's Concluding Unscientific Postscript», *Legal Theory*, 4: 301-327.
- MORESO, J. J., 1992: *La teoría del derecho de Bentham*, Barcelona: PPU.
- 2001a: «Principio de legalidad y causas de justificación (sobre el alcance de la taxatividad)», *DOXA*, 24: 525-545.
- 2001b: «El encaje de las piezas del Derecho (2.ª parte)», *Isonomía*, 15: 165-192.
- 2002: «En defensa del positivismo jurídico inclusivo», en P. E. NAVARRO y M. C. REDONDO (comps.), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona: Gedisa, pp. 93-116.
- 2004: «Positivismo jurídico y aplicación del derecho», *DOXA*, 27: 45-62.
- 2005: «A Brilliant Disguise: Entre fuentes y lagunas», en F. ATRIA, E. BULYGIN, J. J. MORESO, P. E. NAVARRO, J. RODRÍGUEZ y J. RUIZ MANERO, *Lagunas en el Derecho*, Madrid: Marcial Pons, pp. 185-203.
- MORESO, J. J., y NAVARRO, P. E., 1993: *Orden jurídico y sistema jurídico*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- MORISON, W. L., 1982: *John Austin*, Stanford, California: Stanford University Press.
- NINO, C. S., 1994: *Derecho, moral y política*, Barcelona: Ariel.
- PAULSON, S. L., 1992: «The Neo-Kantian Dimension of Kelsen's Pure Theory of Law», *Oxford Journal of Legal Studies*, 12: 311-332.
- PETTIT, Ph., 1996: «Postscript: A Common Mind in Three Senses», en Ph. PETTIT, *The Common Mind. An Essay on Psychology, Society, and Politics*, 2.ª ed., Oxford: Oxford University Press.
- PERRY, S. R., 1995: «Interpretation and Methodology in Legal Theory», en MARMOR, 1995: cap. 3.
- 2001: «Hart's Methodological Positivism», en COLEMAN, 2001: cap. 9.
- PRIETO SANCHÍS, L., 1997: *Constitucionalismo y positivismo*, México: Fontamara.
- POSTEMA, G., 1986: *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford: Oxford University Press.
- PUTNAM, H., 2002: *The Collapse of the Fact/Value Dichotomy and Other Essays*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- QUINE, W. VAN O., 1953: «Two Dogmas of Empiricism», en W. VAN O. QUINE, *From a Logical Point of View*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, pp. 20-46.
- RAZ, J., 1970: *The Concept of a Legal System*, Oxford: Oxford University Press.
- 1979: *The Authority of Law*, Oxford: Oxford University Press.
- 1986: *The Morality of Freedom*, Oxford: Oxford University Press.
- 1994: *Ethics in the Public Domain*, Oxford: Oxford University Press.
- 1999: «Notes on Value and Objectivity», en *Engaging Reason: On the Theory of Value and Action*, Oxford: Oxford University Press, cap. 6.
- 2001: «Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison», en COLEMAN, 2001: cap. 1.
- 2004: «Incorporation by Law», *Legal Theory*, 10: 1-17.
- 2007: «¿Puede haber una teoría del derecho?», trad. de R. SÁNCHEZ BRÍGIDO en J. RAZ, R. ALEXY y E. BULYGIN, *Una discusión sobre teoría del derecho*, Madrid: Marcial Pons, 2007.
- REDONDO, M. C., 1996: *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ROBBINS, L., 1935: *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science*, 2.ª ed., London: MacMillan.
- 1938: «Interpersonal Comparisons of Utility: A Comment», *The Economic Journal*, 48: 635-641.
- RODRÍGUEZ, J. L., 2002: *La lógica de los sistemas normativos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ROSS, A., 1958: *On Law and Justice*, London: Stevens & Sons.

- RUMBLE, W.L., 1985: *The Thought of John Austin*, London: The Athlone Press.
- SÁNCHEZ BRÍGIDO, R., 2007: *Groups, Rules and Legal Practice*, Oxford: Doctoral Thesis.
- SEARLE, J., 1969: *Speech Acts. An Essay of Philosophy of Language*, Cambridge: Cambridge University Press.
- 1995: *The Construction of Social Reality*, New York: Free Press.
- SEN, A., 1967: «The Nature and Classes of Prescriptive Judgments», *The Philosophical Quarterly*, 17: 46-62.
- 1970: *Collective Choice and Social Welfare*, San Francisco, CA: Holden-Day.
- 1987: *On Ethics and Economics*, Oxford: Blackwell.
- 1999: *Development as Freedom*, Oxford: Oxford University Press.
- 2002: «The Possibility of Social Choice», en A. SEN, *Rationality and Freedom*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 65-118.
- 2005: «Walsh on Sen after Putnam», *Review of Political Economy*, 17:107-113.
- SMITH, A., 1759: *The Theory of Moral Sentiments*, D.D. RAPHAEL y A.L. MACFIE (eds.), Oxford: Oxford University Press, 1975.
- 1776: *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, New Cork: Prometheus Books, 1991.
- 1978: *Lectures on Jurisprudence*, R.L. MEEK, D.D. RAPHAEL y P.G. STEIN, Oxford: Oxford University Press.
- SUMMERS, R., 1982: *Instrumentalism and American Legal Theory*, Ithaca, New Cork: Cornell University Press.
- TARELLO, G., 1962: *Il realismo giuridico americano*, Milano: Giuffrè.
- 1980: *L'interpretazione della legge*, Milano: Giuffrè.
- TURÉGANO, I., 2001: *Derecho y moral en John Austin*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- WALDRON, J., 2001: «Normative (or Ethical) Positivism», en COLEMAN, 2001: cap. 12.
- WALUCHOW, W.J., 1994: *Inclusive Legal Positivism*, Oxford: Oxford University Press.
- WALSH, V., 2000: «Smith after Sen», *Review of Political Economy*, 12: 5-25.
- 2003: «Sen after Putnam», *Review of Political Economy*, 15: 315-394.
- WEBER, M., 1917: «La ciencia como vocación», en M. WEBER, *El político y el científico*, trad. de F. RUBIO LLORENTE, Madrid: Alianza, 1967.
- WILHELM, W., 1958: *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann; trad. italiana de P.L. LUCCHINI: *Metodología jurídica nel secolo XIX*, Milano: Giuffrè, 1974.
- WILLIAMS, B., 1985: *Ethics and the Limits of Philosophy*, London: Fontana Press.
- WRIGHT, C., 1992: *Truth and Objectivity*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- 2001: «On Being a Quandary», *Mind*, 110: 45-98.
- WRIGHT, G.H. VON, 1951: «Deontic Logic», *Mind*, 60: 1-15.
- 1963: *Norm and Action. A Logical Enquiry*, London: Routledge & Kegan Paul.