

Sobre la normatividad de la filosofía del derecho

Por JOSÉ LUIS MARTÍ
Universidad Pompeu Fabra*

A José Juan Moreso y Ernesto Garzón Valdés, mis maestros

Lo primero que hice al recibir la invitación de esta revista a escribir unas páginas sobre mi concepción de la filosofía del derecho fue, a decir verdad, preguntarme a quién podría interesarle lo que piense yo sobre ello. Claro que si uno se paralizara al plantearse esto acabaría por no escribir nunca nada. Pero lo segundo fue interrogarme sobre si realmente podía ofrecer una respuesta definida y articulada a este desafío. Debo decir que no creo tener una teoría novedosa que vaya a cambiar mucho lo que el lector ya sabe sobre las distintas maneras de concebir la filosofía del derecho, es decir, que contribuya de manera original a un debate tan largo y complejo como éste. En cambio, me parece que puede tener algún interés exponer aquellas ideas de otros que a mí me han resultado persuasivas a la hora de pensar este problema. Y lo pienso porque el conjunto de las diversas aportaciones realizadas por dichos autores conforman, éstas sí, espero, una visión coherente y articulada de la disciplina y de su objeto de estudio¹.

* Laurance S. Rockefeller Fellow de la Universidad de Princeton 08-09.

¹ He utilizado para la redacción de este trabajo una parte del ejercicio preparado para el concurso de habilitación nacional para profesor titular de filosofía del derecho, celebrado durante los meses de enero y febrero de 2007 en la Universidad Carlos III de Madrid, y en el que tuve la suerte de ser habilitado. Integraban el tribunal de dicho concurso Gregorio Peces-Barba, Virgilio Zapatero, Alfonso Ruiz Miguel, Jorge Malem, Mari Carmen Barranco y Pablo de Lora. Quiero agradecer a todas las personas que leyeron alguna versión preliminar de la parte del ejercicio que he utilizado en este artículo, por los comentarios que me hicieron, y en especial a José Juan Moreso, Jorge Rodríguez, Jordi Ferrer y Pablo Navarro, con quien discutí largamente alguna

La respuesta a la pregunta acerca de qué es la filosofía del derecho es sumamente compleja y debe sortear diversos problemas, si es que uno quiere huir de afirmaciones triviales como «la filosofía del derecho es la reflexión sobre el derecho». En un sentido importante, que seguramente comparte con disciplinas conexas como la filosofía política y la filosofía moral, lo que sea la filosofía del derecho depende en última instancia de qué entendamos por derecho mismo. Esto es sorprendente, porque la visión tradicional adjudica justamente a la filosofía del derecho, una vez constituida, la tarea de contestar a la pregunta de «¿qué es el derecho?», y tal vez sea éste su mayor reto². Pero entonces la pregunta de «¿qué es la filosofía del derecho?» debería ser conceptualmente previa a la pregunta de «¿qué es el derecho?». En otras palabras, no sería posible saber lo que es el derecho hasta que hubiéramos determinado qué es la filosofía del derecho, y no tendría sentido decir que la respuesta a la segunda pregunta determina a la primera. Sin embargo, no hay duda de que la concepción acerca de lo que es el derecho acaba determinando la visión sobre la filosofía del mismo. Para aquellos para los que el derecho no es sino un conjunto de hechos, por ejemplo los realistas jurídicos, la filosofía del derecho no puede ser otra cosa que un apéndice de la sociología jurídica (o de la ciencia jurídica como mera descriptora de hechos), es decir, una herramienta de análisis de los términos jurídicos utilizados por la práctica jurídica de un determinado lugar. Para aquellos otros para los que el derecho sea únicamente una instanciación de un derecho natural inmutable y universal, la filosofía del derecho será la disciplina que permitirá descubrir las verdades eternas contenidas en dicho derecho natural, y en este sentido colapsará o se solapará con la filosofía moral normativa. En definitiva, como he dicho, lo que uno piense acerca de qué es el derecho acaba determinando de un modo importante lo que uno piensa sobre la filosofía del derecho. Y, visto así, más bien parecería que la prioridad conceptual la tendría la pregunta acerca del derecho como objeto de estudio.

Sin embargo, no quiero renunciar a la idea de que es tarea de la filosofía del derecho misma responder a dicha pregunta sobre el derecho. De modo que me parece más adecuado decir que la filosofía del

de las ideas centrales que aquí expondré. Como es de rigor, los muchos errores que el ejercicio acabó teniendo, en parte reproducidos en el presente trabajo, no son imputables a ninguno de ellos, especialmente teniendo en cuenta con cuánta insistencia me advirtieron de ellos, y solo mi ceguera es culpable de la subsistencia de los mismos. Como en este tipo de ejercicios de habilitación se trata en parte también de hacer balance de lo que uno ha aprendido y del itinerario intelectual que cada uno ha recorrido, me parece que volver sobre ello me brinda la ocasión apropiada de agradecer a dos personas concretas que ocupado el rol de mis maestros a lo largo de dicha andadura, y que seguramente son las que más han influido tanto sobre mi pensamiento como sobre mi manera de ver y comprender el mundo. Por ello les quiero dedicar este artículo. Se trata de José Juan Moreso y Ernesto Garzón Valdés.

² Por ello la afirmación de KELSEN de que «una teoría del derecho tiene, ante todo, que determinar conceptualmente su objeto». KELSEN, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto Vernengo, México D. F., Porrúa, 1995, epígrafe 6, pp. 44-70.

derecho es, en primer lugar, una disciplina que reflexiona sobre sí misma estableciendo sus funciones y sus límites, que se auto-constituye, si se prefiere, y en segundo lugar, que responde simultáneamente, inseparablemente, a la pregunta de qué constituye el derecho sobre el que va a reflexionar. En este trabajo me concentraré en sólo dos de las complejidades que atañen a la auto-reflexión de la filosofía del derecho, pues un tratamiento completo de todas ellas excedería las posibilidades de un artículo. Así que no pretendo ofrecer una respuesta general al interrogante (o deberíamos decir «interrogantes») de la filosofía del derecho como disciplina. Me centraré concretamente en la pregunta de si la filosofía del derecho involucra una teoría normativa, así como en la pregunta relacionada de si la filosofía del derecho puede mantener una estricta neutralidad valorativa. Adelanto que, en lo que sigue, trataré de justificar una respuesta positiva a la primera pregunta, sosteniendo la normatividad de la filosofía del derecho, y matizadamente negativa a la segunda, reconociendo sólo un espacio muy reducido a la neutralidad valorativa. Trataré de hacerlo de la mano del positivismo normativo, la teoría que me parece más convincente, y en contra de las explicaciones tradicionales ofrecidas por el positivismo metodológico y la teoría interpretativista.

I

Se puede afirmar que la polémica entre el positivismo jurídico hartiano y la teoría interpretativista de Dworkin ha marcado buena parte de las discusiones de la filosofía del derecho de finales del siglo xx,³ y que un resultado de la misma ha sido la división fundamental entre el positivismo jurídico incluyente y el excluyente⁴. Sin olvidar los

³ Para una visión general de la teoría interpretativista en oposición al pensamiento de Herbert HART, véase la tríada de obras de Ronald DWORKIN formada por *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977; *Law's Empire*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1986; y *Justice in Robes*, Cambridge (Mass.), The Belknap Press of Harvard University Press, 2006.

⁴ Entre los defensores del positivismo jurídico incluyente, véase Wilfrid J. WALUCHOW, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford: Oxford University Press, 1994; Jules L. COLEMAN, *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatism Approach to Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2001; y en España José Juan MORESO, «In Defense of Inclusive Legal Positivism» en Pierluigi Chiassoni (ed.), *The Legal Ought*, Torino, Giappichelli, 2001, 37-63, y José Juan MORESO, «Positivismo jurídico y aplicación del derecho», *Doxa*, 27, pp. 45-62. Algunos de los defensores más prominentes del positivismo jurídico excluyente son Joseph RAZ, *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1979, cap. 3, y «Authority, Law, and Morality», en *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Oxford University Press, 1994, cap. 9; Scott J. SHAPIRO, «On Hart's Way Out», *Legal Theory*, 4 (1998), 469-508, y «The Difference That Rules Make», en Brian Bix (comp.), *Analyzing Law. New Essays in Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998, pp. 33-64. Véase también, para un análisis crítico de esta literatura, Juan Carlos BAYÓN, «Derecho, convencionalismo

frentes de discusión todavía abiertos con el realismo jurídico, los *critical legal studies*, o incluso, en su caso, las teorías posmodernas del derecho, la mayoría de debates se han centrado en valorar de un modo u otro la línea de ataque emprendida prácticamente en solitario por Ronald Dworkin desde finales de los setenta. Sin embargo, tras un cierto agotamiento de estas discusiones, también puede afirmarse que la filosofía del derecho está cambiando de foco de interés y durante esta primera década del siglo XXI ha comenzado a centrarse en la batalla que el positivismo jurídico normativo (también llamado positivismo ético), desarrollado por Tom Campbell y Jeremy Waldron, intenta librar contra las concepciones antes mencionadas, así como contra el iusnaturalismo⁵, convirtiéndose ya en una sólida alternativa a las mismas⁶. Y, como trataré de mostrar a continuación, uno de los campos donde se desarrolla dicha batalla es precisamente el de la supuesta dimensión normativa de la filosofía del derecho.

La respuesta del positivismo jurídico metodológico⁷ a la pregunta de si la filosofía del derecho es una teoría normativa ha sido tradicionalmente negativa. En buena medida dicha actitud deriva de la decisiva influencia del positivismo lógico del Círculo de Viena en la tradición analítica previa a los años setenta del siglo XX, y por extensión en lo que ha sido la corriente dominante del positivismo jurídico desde entonces. Tras asumir una metaética no cognoscitivista, o incluso emotivista, como la defendida por A. J. Ayer, esta primera caracterización clásica del positivismo jurídico cuestionaba la posibilidad de formular

y controversia», en P. E. Navarro y M. C. Redondo (comp.), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política* (Barcelona, Gedisa, 2002), 57-92; y Claudina ORUNESU, Pablo PEROT y Jorge RODRÍGUEZ, «Derecho, moral y positivismo», en *Estudios sobre la interpretación y dinámica de los sistemas constitucionales*, México, D. F., Fontamara, 2005, pp. 59-90.

⁵ Sólo por mayor precisión, y porque algunos de sus argumentos corren en paralelo a los que integran la crítica del positivismo jurídico normativo, vale la pena advertir también el interés renovado que está generando la defensa del iusnaturalismo tradicional a manos de John Finnis. Véase, como ejemplo, el número monográfico de discusión con respuesta del propio FINNIS de *Legal Theory*, vol. 13, 2007.

⁶ Véase un precedente de esta literatura en Uberto SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1965. La discusión contemporánea viene determinada por las obras de Tom CAMPBELL, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Dartmouth, Aldershot, 1996; Tom CAMPBELL, *Prescriptive Legal Positivism. Law, Rights and Democracy*, London, UCL, 2004; Jeremy WALDRON, «Normative (or Ethical) Positivism», en Jules Coleman (ed.), *Hart's Postscript*, Oxford, Oxford University Press, 2001, cap. 12; Jeremy WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, trad. de José Luis Martí y Águeda Quiroga, Madrid: Marcial Pons, 2005; Liam Murphy, «The Political Question of the Concept of Law», en J. Coleman, *cit.*, cap. 11; Liam MURPHY, «Better to See Law this Way», *New York University Law Review*, en prensa; y N.E. SIMMONDS, «Law as a Moral Ideal», *University of Toronto Law Journal*, núm. 55, 2005.

⁷ Tomo la noción de positivismo jurídico metodológico de la distinción introducida por BOBBIO entre positivismo ideológico, formalismo y positivismo metodológico o conceptual. Dicha distinción se puede encontrar en diversos trabajos, pero la presentación más clara en mi opinión está en Norberto BOBBIO, *El positivismo jurídico*, trad. de Rafael de Asís y Andrea Greppi, Madrid, Debate, 1993.

verdaderos juicios de corrección sustantiva moral, más allá de meras expresiones de gusto o disgusto personal⁸. Esto provocó que se popularizara en ciertos sectores una visión que podríamos llamar *reduccionista* de la función de la filosofía del derecho, centrada en ofrecer únicamente un análisis lingüístico de los términos utilizados por los juristas desde el plano de la más estricta neutralidad valorativa. Como es bien conocido, para esta concepción de la filosofía el discurso práctico no ofrece un contexto adecuado para ningún tipo de razonamiento⁹. Hans Kelsen y Alf Ross han sido probablemente los máximos exponentes de esta visión *reduccionista* en el siglo xx. Kelsen basó su filosofía del derecho en una teoría «purificada» de todo elemento valorativo o ideológico¹⁰. No pretendía con ello que el derecho se mantuviese aislado de cualquier ideología, cosa admitida como imposible. Lo que debía ser puro era el conocimiento del derecho, del mismo modo que pretende serlo el de un físico con respecto a las leyes de la naturaleza. Su repudio del discurso normativo sustantivo, al que consideraba mera ideología persuasiva, le llevó a concebir la tarea de la filosofía del derecho en la más absoluta asepsia valorativa, dando lugar así a la versión más extrema de la tesis de la neutralidad valorativa. Algo parecido puede decirse de Alf Ross, a quien la insistencia de no separarse de los hechos como único evento descriptible con objetividad le llevó a suscribir una posición realista jurídica que ha terminado siendo también muy influyente en ciertos sectores iusfilosóficos del siglo xx¹¹.

Pero el positivismo jurídico metodológico ha ofrecido una segunda respuesta, que podríamos denominar visión *comprehensiva separadora*, y que va más allá de la visión reduccionista. Esta segunda posición no rechaza por completo la teoría normativa, aunque la circunscribe a un sector determinado de la filosofía del derecho habitualmente identificado como «teoría de la justicia», que debe ser convenientemente separado de las funciones descriptiva, explicativa y teórica de la filosofía del derecho. Esta es la visión defendida entre otros por Norberto Bobbio al introducir la distinción entre teoría del derecho, teoría de la

⁸ Véase, por ejemplo, ALFRED J. Ayer, *Lenguaje, verdad y lógica*, trad. de M. Suárez, Barcelona, Orbis, 1984.

⁹ En parte como resultado de estas asunciones ha proliferado enormemente la sociología jurídica sobre todo en Estados Unidos, pero más recientemente también en Latinoamérica y en Europa, de la mano de la extendida creencia de que la filosofía del derecho normativa no tiene nada que aportar ni ofrece un campo digno de estudio. Esto no debe resultar sorprendente pues lo mismo ha ocurrido, y de hecho en mucha mayor medida, en otros ámbitos como la teoría económica o la teoría política, en los que, sin embargo, dicha situación ha comenzado también a revertir. Véase una presentación de los argumentos a favor de la normatividad de la teoría económica en José Juan MORESO, «Teoría del derecho y neutralidad valorativa», *Doxa*, en prensa.

¹⁰ Véase Hans KELSEN, *Teoría pura del derecho*, cit., p. 15; y Hans KELSEN, *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, México D. F., Fontamara, 1991.

¹¹ Véase, por ejemplo, su obra más emblemática: Alf Ross, *Sobre el Derecho y la Justicia*, [1958], trad. de G. R. Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1963.

ciencia jurídica y teoría de la justicia, todas ellas disciplinas pertenecientes a la más general de la filosofía del derecho¹². La concepción es comprensiva porque abarca efectivamente la teoría normativa bajo el epígrafe general de filosofía del derecho; pero sin embargo no sacrifica la tesis de la neutralidad valorativa, gracias a separar las diversas funciones de la misma.

Como es sabido, según Bobbio la teoría del derecho se ocupa fundamentalmente del problema de la naturaleza del derecho, de las nociones de norma jurídica y sistema jurídico, del análisis ontológico y de las relaciones sistemáticas de las normas jurídicas y de otras piezas del derecho, y del análisis lingüístico del discurso al que pertenecen todas estas entidades. La teoría de la ciencia jurídica, por su parte, tendría como objeto el análisis de los conceptos jurídicos (los conceptos usados en la ciencia jurídica), los enunciados jurídicos (entre los que destacan los enunciados interpretativos formulados por los aplicadores del derecho), la argumentación jurídica, la aplicación del derecho y la justificación de las decisiones judiciales, así como la clarificación de sus relaciones con otras disciplinas científicas¹³. La teoría de la justicia, finalmente, se ocuparía de las cuestiones normativas relativas al derecho, de la dimensión de evaluación o justificación sustantiva del mismo, a partir de lo que Ferrajoli ha denominado *doctrinas de justificación*¹⁴. Así, aunque en principio la teoría de la justicia sí involucraría una teoría normativa, tanto la teoría del derecho como la teoría de la ciencia jurídica mantendrían el ideal de neutralidad valorativa, tan importante para el positivismo metodológico¹⁵. La separación de funciones se convierte en garante de dicha neutralidad.

¹² Norberto BOBBIO, «Nature et fonction de la philosophie du droit», en *Archives de Philosophie du Droit*, 7 (1962), pp. 1-11 (trad. de A. Ruiz Miguel, «Naturaleza y función de la filosofía del derecho» en Norberto Bobbio, *Contribución a la teoría del derecho*, Madrid, Debate, 1990, 91-104, por la que se cita).

¹³ Véase, para algunas de las complejidades de esta distinción, así como de la distinción entre teoría y ciencia jurídica, Riccardo GUASTINI, «Imágenes de la teoría del derecho», en *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 21-28.

¹⁴ Véase Luigi FERRAJOLI, *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma, Laterza, 1989, pp. 314-325.

¹⁵ No es claro si Bobbio concebía realmente la teoría de la justicia como propiamente normativa, esto es, exigiendo del filósofo del derecho la asunción de un punto de vista normativo, o si por el contrario creía que se limitaba a ofrecer un análisis lingüístico y formal de los argumentos usados por las teorías normativas que mantendría el ideal de neutralidad valorativa incluso para la teoría de la justicia. Sus afirmaciones en «Naturaleza y función de la filosofía del derecho», *cit.*, son un tanto ambiguas al respecto. Pero si las leemos a la luz de otras de sus obras parece que la interpretación más plausible es la de pensar que el teórico de la justicia efectivamente entra al razonamiento normativo. Así, en otro de sus trabajos centrales, después de distinguir cuatro problemas distintos de la filosofía del derecho, el deontológico, el ontológico, el fenomenológico y el metodológico, Bobbio afirma que «a la tarea deontológica corresponde el estudio de los “valores” que inspiran el ordenamiento jurídico, y por lo general vienen resumidos en la noción de “justicia”». En esta primera concepción la filosofía del derecho se presenta como una teoría de la justicia (que recibe el máximo apoyo de la teoría de las ideas

En esta misma línea «comprehensiva separadora» cabe situar a H. L. A. Hart, quien con su libro *El concepto de derecho* sentó las bases de la discusión de filosofía jurídica contemporánea, especialmente en el ámbito anglosajón. Así, en el prefacio a dicha obra Hart afirma su pretensión de clarificar «la estructura general del pensamiento jurídico, y no de la crítica del derecho o política jurídica», y reconstruir de manera racional el lenguaje utilizado de hecho por los juristas, esto es, casi una obra de «sociología descriptiva»¹⁶. Una de las aportaciones principales de Hart consistió en ver el derecho como una práctica social compleja, que como tal puede ser estudiada por el sociólogo y por el teórico sin por ello sacrificar su neutralidad valorativa¹⁷. Dicha práctica social se mantiene sobre la base de un conjunto de creencias y expectativas compartidas, así como de acciones generalizadas en un determinado grupo social, que son mutuamente dependientes y que no pueden reducirse a un solo elemento básico nuclear¹⁸. Tal y como muestra Hart, es necesario suponer la existencia de algunas normas secundarias que, en definitiva, den cuenta del aspecto institucional del derecho, para comprender su funcionamiento real¹⁹.

El concepto de derecho es institucional en un doble sentido: porque se articula a través de instituciones sociales, y porque el objeto de la práctica institucional, por ejemplo el sistema jurídico compuesto de normas jurídicas, está formado también por instituciones sociales, que

políticas).» Y parece que si recibe dicho apoyo de las ideas políticas es porque entra al discurso normativo. Véase «La filosofía del diritto e i suoi problemi», en Norberto BOBBIO, *Giustnaturalismo e positivismo giuridico*, Milán, Edizione di Comunità, 1965, 53-73, en p. 53. Pero es forzoso admitir que ni siquiera en este fragmento la interpretación es del todo clara. Agradezco a Riccardo Guastini, Pierluigi Chiassoni y Leticia Morales la ayuda y la discusión sobre estas interpretaciones.

¹⁶ Véase H. L. A. HART, *El concepto de derecho*, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, 1963, p. XI.

¹⁷ Es cierto que *El concepto de derecho* termina con un capítulo dedicado a lo que Hart denominó el contenido mínimo de derecho natural, pero en su opinión este contenido básico de todo sistema jurídico no era más que una condición de racionalidad del derecho, si entendemos por ello una práctica humana y social que responde a determinadas expectativas y necesidades de los seres humanos tal y como son, y no un presupuesto normativo necesario. Este análisis, en consecuencia, no tendría por qué comprometer la neutralidad valorativa del teórico.

¹⁸ Por ello, modelos simplificados como los de Austin o Kelsen fracasarían al intentar reducir el concepto de derecho a una sola idea simple, como la de mandato o la de norma jurídica basada en la sanción, respectivamente. Véase John AUSTIN, *El objeto de la jurisprudencia*, trad. de Juan Ramón de Páramo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2002; y KELSEN, *Teoría pura del derecho*, cit.

¹⁹ Véase HART, *El concepto de derecho*, cap. V. La mejor explicación de la idea de realidad institucional es la desarrollada por John Searle. Como es sabido, Searle entiende que los conceptos institucionales responden a la fórmula de «X cuenta como Y en C», donde X es un objeto determinado, Y es el sentido que le atribuye a dicho objeto una práctica social compleja, y C son las circunstancias determinadas que componen dicha práctica y que dan lugar al significado institucional del concepto. Véase John R. SEARLE, *La construcción de la realidad social*, trad. de Antoni Domènech, Barcelona, Paidós, 1997.

requieren a su vez de prácticas sociales complejas para poder existir y mantenerse²⁰. Como tal concepto institucional, en todo caso, no se refiere a un aspecto de la realidad natural, sino de lo que se ha llamado realidad social o institucional, una realidad construida socialmente. Y aunque dicha realidad institucional depende de lo que todos nosotros colectivamente creamos que constituye, es objetiva en el sentido que no depende de lo que cada uno de nosotros crea, y por lo tanto puede ser descrita y explicada en términos científicos y valorativamente neutros²¹. De nuevo, esto no implica negar la significación del discurso normativo para la teoría de la justicia o la política jurídica, que bien pueden ser parte de la filosofía del derecho, pero lo importante es mantener todas estas funciones separadas, al menos conceptualmente²².

Una idea central y común tanto a los defensores de la visión reduccionista como a los defensores de la visión comprensiva separadora es la de distinguir entre el derecho como es y el derecho como debería ser; entre descripción (sociológica) o reflexión teórica por una parte, y valoración o juicio de deber ser acerca del derecho, por la otra; o, en suma, entre el derecho y la moral (sobre el derecho). Esta tesis, que es definitoria del positivismo jurídico metodológico junto con la tesis del carácter institucional del derecho y de sus fuentes sociales²³, ha estado vinculada a la creencia de que la filosofía del derecho podía mantenerse en una estricta neutralidad valorativa, y ello con la intención de aportar un aire de cientificismo a la actividad del filósofo del derecho, frente a la supuesta falta de criterios racionales de las teorías normativas. En palabras de Bobbio:

«El positivismo jurídico surge como consecuencia del esfuerzo por convertir el Derecho en auténtica ciencia que posea los mismos

²⁰ Este doble sentido reproduce una ambigüedad presente en la propia idea de derecho como práctica social. Esta expresión puede querer decir que el *derecho es en sí mismo una práctica*, esto es, que cuando describimos el entramado de acciones y creencias colectivas compartidas e interrelacionadas que conforma una práctica social compleja como ésta ya estamos describiendo el derecho mismo. O puede también querer decir que el *derecho es el objeto resultado de una práctica*, de modo que cuando describimos la práctica social lo que describimos es la fuente social del derecho, no el derecho mismo.

²¹ Dentro de esta realidad institucional que nos acompaña en muchos ámbitos de nuestra vida figuran instituciones tan poco problemáticas desde el punto de vista conceptual como el dinero, el matrimonio, la empresa o el ajedrez. Y dicha realidad se construye socialmente, como sostiene Searle, porque su existencia depende, primero, de la existencia de los seres humanos, y en este sentido no es independiente de ellos, y segundo, de un tipo muy peculiar de creencias, expectativas y acciones humanas, que son interdependientes y forman parte de una práctica social.

²² Esto no implica negar el hecho evidente de que los juristas a menudo mezclan y confunden dichas funciones en la práctica. Lo que importa es mantener la distinción conceptual. Véase Carlos S. NINO, *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*, Valencia (Venezuela), Universidad de Carabobo, 1979.

²³ Sobre el carácter institucional del derecho, véase H. L. A. HART, *El concepto de derecho*, cit.; sobre la tesis de las fuentes sociales véase Joseph RAZ, *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1979, pp. 37-52.

caracteres que las ciencias físico-matemáticas, naturales y sociales. Ahora bien, el rasgo fundamental de la ciencia, consiste en su neutralidad valorativa, o sea, en la distinción entre juicios de hecho y juicios de valor y en la rigurosa exclusión de estos últimos del horizonte del científico, quien debe formular únicamente juicios de hecho»²⁴.

En definitiva, lo que la visión reduccionista predica respecto a la filosofía del derecho en general, la visión comprensiva separadora lo sigue predicando cuanto menos de la teoría del derecho y la teoría de la ciencia jurídica. Si a esto le añadimos la preponderancia que estas dos disciplinas han tenido en el marco del positivismo de la segunda mitad del siglo xx²⁵, resulta que a los efectos de este trabajo no es muy relevante el contraste entre estas dos versiones del positivismo metodológico.

II

En clara oposición a las dos visiones de la filosofía del derecho mencionadas surge lo que podríamos denominar la visión *integradora*, defendida originalmente por Ronald Dworkin²⁶, y en buena medida compartida más tarde por el positivismo jurídico normativo. Dworkin comienza preguntándose qué tipo de concepto da cuenta de una práctica social compleja como la jurídica, y para responder a esta pregunta distingue entre conceptos naturales, conceptos basados en criterios y conceptos interpretativos²⁷. El concepto de derecho no es en ningún caso un concepto natural, esto es, un concepto cuyas instancias posean una estructura natural física o biológica objetiva, que no depende en última instancia de las creencias de los seres humanos acerca de los criterios que determinan la aplicación del concepto. El derecho no existiría si los seres humanos no creyéramos que existe, algo que el positivismo también admite desde el momento en que concibe al derecho como práctica social o institucional. Por otra parte, los conceptos basados en criterios son aquellos que sólo pueden ser compartidos cuando existe un acuerdo generalizado acerca de los criterios concretos de aplicación del concepto. De modo que para que el derecho fuera un concepto basado en criterios, y a la vez fuese un concepto compartido, deberíamos ser capaces de determinar también de

²⁴ Véase BOBBIO, *El positivismo jurídico*, cit., p. 145.

²⁵ Bobbio señalaba (en 1962) que la teoría de la justicia había realizado menos progresos que la teoría del derecho y la teoría de la ciencia jurídica. Véase BOBBIO, «Naturaleza y función de la filosofía del derecho», cit. Pero la evolución de esta disciplina en los últimos cuarenta años, desde la publicación de la *Teoría de la justicia* de John RAWLS, hace que ya no pueda sostenerse esta afirmación.

²⁶ Véase, por ejemplo, RONALD DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit.; *Law's Empire*, cit.; y *Justice in Robes*, cit.

²⁷ DWORKIN, *Justice in Robes*, cit., pp. 9 ss.

común acuerdo, los criterios de los que depende que una determinada práctica sea derecho, o que una determinada norma sea jurídica. En otras palabras, dado que el derecho es una práctica social, sus participantes deberían compartir un mismo conjunto de criterios de aplicación del concepto para que dicha práctica no fuera fallida y tuviera sentido. Sin embargo, es un hecho irrefutable que los participantes de la práctica del derecho no comparten de común acuerdo dichos criterios de aplicación. Así que quedan dos alternativas: o el derecho es una práctica fallida, o no es un concepto basado en criterios.

Según Dworkin, resulta evidente que uno de los rasgos más peculiares de nuestras prácticas jurídicas contemporáneas es que los que participan en ellas discrepan habitualmente acerca de alguno o varios de los criterios de aplicación del concepto, y lo hacen considerando que su discrepancia tiene perfecto sentido justamente dentro de la propia práctica. Por ello «elaboramos el concepto atribuyendo un valor y un fin a la práctica, de modo que conformamos nuestra posición acerca de las condiciones de verdad de los reclamos que la gente formula dentro de esa práctica a la luz de los fines y valores que le atribuimos»²⁸. El concepto de derecho debe ser, pues, según Dworkin, un concepto interpretativo. Los conceptos interpretativos son aquellos que nos conminan a reflexionar y discutir permanentemente acerca de qué es lo que requiere la propia práctica a la que hace referencia el concepto, y no presuponen un acuerdo sobre los criterios que determinan sus casos de aplicación. En definitiva, la presencia permanente de desacuerdos entre los juristas acerca de la identificación del derecho, y muy especialmente acerca de lo que el derecho establece en cada caso concreto, sirve a Dworkin como argumento en contra del positivismo jurídico metodológico²⁹.

Dworkin afirma que el punto de vista del participante en la práctica jurídica con respecto a la controversia interpretativa es privilegiado y, en consecuencia, el observador externo neutral no está en disposición de comprender todas las características de dicha práctica. Concede que puede pensarse en el derecho desde un punto de vista estrictamente descriptivo, pero considera que dicha perspectiva no tendría ningún valor. De hecho, afirma que existen cuatro conceptos distintos de derecho –un concepto sociológico, un concepto taxonómico, un concepto doctrinal y un concepto aspiracional– y que resultaría absurdo tratar de reducirlos a uno solo³⁰. Los dos primeros tendrían un carácter des-

²⁸ DWORKIN, *Justice in Robes*, cit., pp. 11 y 12.

²⁹ Para un reciente análisis de cómo los desacuerdos afectan a nuestra comprensión del derecho, véase José Juan MORESO, «Legal positivism and legal disagreements», *Ratio Juris*, 22, 2009. Son también relevantes en este punto trabajos como WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, cit.; y Samantha BESSON, *The Morality of Conflict*, London, Hart Publishing, 2004.

³⁰ DWORKIN, *Justice in Robes*, cit., pp. 3-5. Para una crítica de esta división en conceptos distintos no reducibles, véase MORESO, «Teoría del derecho y neutralidad valorativa», cit.

criptivo, y tratarían simplemente de describir ciertas propiedades de una determinada práctica jurídica o bien recoger los elementos comunes a todas las prácticas jurídicas existentes, pero serían en ambos casos «poco interesantes» desde el punto de vista de la filosofía del derecho. El cuarto, el concepto aspiracional, sería un concepto puramente normativo de derecho que identificaría un ideal hacia el que el derecho debe tender, y aunque puede resultar útil en términos valorativos, no da cuenta de cómo son las prácticas actuales del derecho. El único concepto interesante que la filosofía del derecho puede tratar de estudiar, siempre según Dworkin, es el concepto doctrinal, bajo la presuposición de que el derecho es un concepto interpretativo.

Este concepto doctrinal partiría de la idea de que la práctica del derecho incorpora un valor de auto-corrección que hace que, al menos en ordenamientos constitucionales como el estadounidense, deba siempre buscarse la mejor interpretación del material jurídico disponible a la luz de los valores expresados por la Constitución, siguiendo un ideal de integridad que armonice las pretensiones de justicia, con fidelidad a la propia práctica histórica. La función de la filosofía del derecho, según esta visión integradora, no puede ser sino normativa³¹, y sacrifica por tanto la tesis de la neutralidad valorativa. Un teórico completamente neutro no estaría en disposición de ofrecer conclusiones interesantes sobre el derecho realmente existente.

III

En los últimos años ha ido ganando fuerza una tercera concepción del derecho que viene a enfrentarse tanto al positivismo metodológico hartiano como a la teoría interpretativa de Dworkin³². Se trata de una posición que se reclama también positivista, de hecho heredera de las tesis de los precursores del positivismo jurídico en el siglo XIX, John Austin y Jeremy Bentham, pero a diferencia de la concepción metodológica, se asume como una teoría eminentemente normativa. Aunque algunas tesis similares habían sido defendidas anteriormente por Uberto Scarpelli, han sido principalmente los trabajos de Jeremy Waldron y Tom Campbell los que han inaugurado esta perspectiva y le

³¹ Esto no quiere decir que se rechace completamente la distinción positivista entre lo que el derecho es y lo que el derecho debería ser. Como DWORKIN admite, hay muchas disposiciones de los sistemas jurídicos actuales que son claramente injustas, y nadie dudaría de calificarlas de jurídicas por ello. Dworkin, *Justice in Robes*, cit., p. 5. En otras palabras, existe un límite a lo que la interpretación de valores constitucionales puede hacer, y que tiene que ver con el respeto a la práctica histórica del derecho.

³² Sobre cómo se enfrenta con el primero, véase A. MARMOR, «Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral», *Oxford Journal of Legal Studies*, 26 (2006), p. 683.

han dado su nombre³³. En tanto que teoría normativa del derecho, esto es, como teoría acerca de lo que el derecho debe ser, el positivismo normativo parecería no ser incompatible con el positivismo jurídico metodológico, que básicamente trata de dar cuenta de lo que el derecho es³⁴. Pero el positivismo normativo mantiene también una tesis metodológica, y ésta sí entra en conflicto con los presupuestos del positivismo metodológico. Podemos entonces caracterizar el positivismo normativo sobre la base de estas dos tesis centrales, una normativa y la otra metodológica³⁵:

(1) Tesis normativa: el positivismo jurídico está comprometido con los valores de autonomía y democracia que le llevan a suscribir una particular concepción del ideal de Estado de derecho, una teoría democrática de la autoridad y a prescribir que los jueces no deben recurrir a la moral, apartándose así de la letra de la ley, a la hora de resolver las disputas jurídicas³⁶.

(2) Tesis metodológica: La filosofía del derecho parte siempre de presupuestos normativos, y en consecuencia debe abandonar la pretensión de desarrollar su análisis conceptual en la más estricta neutralidad valorativa.

No voy a detenerme a describir todas las implicaciones de ambas tesis, en particular de la primera, porque muchas de ellas trascienden los propósitos de este trabajo. Me concentraré en cambio en cómo podría justificarse la tesis metodológica, puesto que, como ya he dicho, es dicha tesis la que es incompatible con los presupuestos del positivismo jurídico metodológico y la que responde a la pregunta general de este trabajo. El positivismo normativo suscribe también una visión

³³ Véase la nota 6. Aunque en un inicio Campbell utilizó las expresiones positivismo ético o positivismo prescriptivo, finalmente se ha impuesto la expresión de positivismo normativo utilizada por Waldron, y que es por otra parte la menos ambigua. Sobre la relación entre positivismo normativo y republicanismo jurídico, y para un estudio sobre este último, véase José Luis MARTÍ y Samantha BESSON, «Law and Republicanism: Mapping the Issues», en Besson y Martí (comps.), *Legal Republicanism: National and Postnational Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

³⁴ MARMOR, «Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral», *cit.*, pp. 684 y 690-692.

³⁵ WALDRON, «Normative (or Ethical) Positivism», *cit.*

³⁶ En realidad, según Waldron, a consecuencia de esta tesis normativa el positivismo normativo prescribe adoptar la posición del positivismo excluyente. Véase WALDRON, «Normative (or Ethical) Positivism», *cit.*, p. 414. José Juan Moreso ha caracterizado la tesis central del positivismo excluyente como: «La determinación de lo que es el derecho no puede depender de criterios o argumentos morales», donde el «puede» no es empírico sino conceptual. A su vez, caracteriza la tesis normativa del positivismo normativo como «La determinación de lo que es el derecho no debe depender de criterios o argumentos morales». Véase MORESO, «El positivismo jurídico y la aplicación del derecho», *cit.*, pp. 50 y 55, respectivamente. Dejando ahora a un lado que la tesis normativa, como digo en el texto, va más allá de esta consecuencia concreta, pero aceptando el reconocimiento de Waldron al respecto, una de las cosas que la tesis normativa del positivismo normativo estaría implicando es que el concepto de derecho debe entenderse al modo en que lo conciben los positivistas excluyentes.

integradora de la filosofía del derecho que reconoce su normatividad, aunque lo hace por razones distintas a las esgrimidas por la teoría interpretativista, que le llevan a suscribir una versión también diferente de dicha visión integradora. Las dos teorías coinciden en que el derecho es fundamentalmente una práctica institucional, y por lo tanto su concepto no puede ser natural (y en esto concuerdan también con el positivismo metodológico), y en la importancia de los desacuerdos que hacen inviable que el concepto de derecho pueda estar basado en criterios. Ahora bien, el positivismo normativo concibe el concepto de derecho como un concepto normativo, y no interpretativo.

La práctica del derecho es, además de institucional, una práctica normativa, y lo es en un doble sentido³⁷: primero porque produce como resultado normas generales que deben ser aplicadas a los casos particulares, y segundo porque está regulada por, y tiene sentido gracias a, normas y valores. En consecuencia, sólo es posible comprender una práctica de este tipo si se comprenden las normas que la regulan y los valores que la respaldan. Y ello porque para comprender cualquier práctica necesitamos conocer y entender primero el conjunto de creencias, expectativas y acciones que son necesarias para que exista dicha práctica, expectativas que en el caso de las prácticas normativas, como la del derecho, están asociadas a determinados valores o ideales normativos³⁸. Como resultado de ello encontramos que el derecho se encuentra estrechamente vinculado con los valores políticos de cada sociedad³⁹.

Esto no convierte todavía la filosofía del derecho en necesariamente normativa. Una cosa es admitir que el derecho involucra valores, o que su práctica está constituida por determinadas funciones y propósitos, y la otra que el científico jurídico no pueda describirlo con neutralidad, o que el filósofo no pueda teorizarlo desde un punto de vista puramente conceptual. De hecho, algo así ocurre con otras prácticas sociales normativas, como los juegos, los deportes o las normas de etiqueta, sin necesidad de «confiar en ninguna concepción en particular del valor o el mérito moral de las funciones o los propósitos que darían sentido a la práctica en cuestión»⁴⁰. Una cosa es dar cuenta de un conjunto de creencias normativas, y otra muy distinta suscribir tales creencias, del mismo modo que un teólogo no necesita creer en

³⁷ Que reproduce de nuevo la ambigüedad ya señalada anteriormente con respecto al carácter institucional y a la propia idea de práctica social. Véase la nota 20 y el texto que la acompaña.

³⁸ Tómese como ejemplo el análisis que desarrolla Carlos NINO cuando distingue entre la constitución histórica y la constitución ideal y analiza las relaciones que deben darse entre ambas, en *La constitución de la democracia deliberativa*, trad. de Roberto Saba, Barcelona, Gedisa, 1997.

³⁹ Stephen PERRY, «Hart's Methodological Positivism», en J. Coleman (ed.), *Hart's Postscript*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

⁴⁰ MARMOR, «Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral», *cit.*, p. 697.

Dios cuando trata de buscar la mejor reconstrucción de un conjunto de creencias de una determinada religión. Que la filosofía del derecho deba comprender los objetivos y valores normativos implícitos en la práctica jurídica no implica todavía que deba adoptar un punto de vista normativo ella misma, y que deba renunciar así a la tesis de la neutralidad valorativa.

Pero el derecho no es como los juegos o las normas sociales de etiqueta en un sentido muy importante: la dimensión normativa de la práctica institucional del derecho incluye entre sus valores criterios normativos de legitimidad y de justicia mínima, entre otros, que operan como estándares de autocorrección en la propia práctica y le otorgan una dimensión política. Los participantes de la práctica jurídica esperan que el derecho cumpla su función, por ejemplo, de servir como pauta coordinativa, y cuando no la cumple lo ven como un fracaso de dicha práctica⁴¹. Del mismo modo, los participantes en la práctica contemporánea del derecho esperan que el derecho sea legítimo políticamente y cumpla con la función de resolver los casos que se le presentan, digamos, de manera satisfactoria o correcta sustantivamente, de acuerdo a alguna concepción mínima de justicia⁴². En definitiva, el derecho se aleja de otras prácticas normativas más o menos irrelevantes en términos prácticos por dos razones distintas, aunque parcialmente relacionadas: primero, porque el tipo de valores y pretensiones que incorpora le otorgan una relevancia política fundamental y, segundo, porque en parte debido a ello los participantes de la práctica jurídica exigen a dicha práctica el cumplimiento de ciertos estándares normativos mínimos. Por no expresar esta última idea en términos conceptuales, que reproducirían el mismo error que los positivistas normativos adjudican al positivismo metodológico, un sistema de resolución de controversias que no contuviera por ejemplo ninguna norma general, o que no proporcionara una mínima seguridad jurídica, un mínimo orden público o incluso un mínimo de justicia, sería visto por los participantes de las prácticas jurídicas contemporáneas como un ejemplo de práctica fallida⁴³. No es que el derecho que no cumple estos estándares deje de ser derecho conceptualmente, pero no

⁴¹ Del mismo modo que no llamaríamos martillo a un objeto que no sirviera en absoluto para martillar, salvo en el uso derivativo del término, tampoco llamaríamos derecho a una práctica que no cumpliera con ninguna de las funciones que le son presumidas. A lo sumo podríamos decir que se trata de un martillo o un derecho fallidos.

⁴² Con digo concepción mínima de justicia me refiero a que no creo que la mayoría de los participantes en nuestras prácticas jurídicas creen que el derecho debe desarrollar una concepción completamente articulada y definida de justicia, entre otras razones porque no es posible ponerse de acuerdo respecto a ella, pero sí al menos cumplir con ciertos estándares sustantivos mínimos.

⁴³ Dworkin añadiría que la práctica deja de ser significativa, y en eso consiste en buena medida su crítica a Hart conocida como «el argumento del agujón semántico». Véase Ronald DWORKIN, *Law's Empire*, cit.; y *Justice in Robes*, cit., capítulo 8.

puede ser visto más que como una práctica fallida desde un punto de vista a la vez conceptual y normativo⁴⁴.

La primera razón, por sí sola, no implica todavía que la filosofía política deba ser normativa y pierda su neutralidad valorativa, puesto que no superaría la objeción del teólogo ateo antes mencionada. La práctica de la religión puede compartir con la jurídica ciertos elementos normativos importantes, por lo menos en lo que respecta a sus pretensiones éticas de regular el comportamiento humano. Pero un teólogo ateo puede en principio comprender y reconstruir o teorizar los presupuestos de dicha práctica religiosa sin creer él mismo en ella o ni siquiera en el dios al que se refiera. En otras palabras, la idea misma de un teólogo ateo no parece ser auto-contradictoria. Sin embargo, sigue habiendo una diferencia fundamental entre la práctica jurídica y la religiosa, y tiene que ver con el rol que juegan los desacuerdos en cada una de ellas.

Antes he dicho que una práctica social normativa se constituye, entre otros factores, por la existencia de funciones, propósitos y normas o valores compartidos. De esta definición se puede pensar que los estándares valorativos relativos al Estado de derecho, la legitimidad política o el mínimo de justicia también forman parte de dichos elementos compartidos por los participantes de la práctica. Sin embargo, lo que comparten dichos participantes es la idea de que el derecho involucra cierta legitimidad política y algún grado mínimo de justicia, pero no necesariamente una teoría de la legitimidad y una teoría de la justicia concretas. Más bien al contrario. Qué cuenta como justicia mínima o como una manera sustantivamente correcta de resolver los casos es algo que es objeto de controversia. Y los participantes de las prácticas jurídicas contemporáneas asumen este hecho como fundamental, es decir, que los desacuerdos y discrepancias forman parte consustancial a la idea de derecho, y esperan que el derecho opere en este contexto ofreciendo

⁴⁴ Que deje o no de ser derecho depende por supuesto de la definición que se adopte de derecho. Pero lo importante es que dicha definición no puede ser únicamente estipulada por razones de rendimiento explicativo, separadas de las funciones y valores que los participantes en la práctica del derecho atribuyen a dicha práctica. De modo que no es que el derecho nazi deje de ser derecho por ser injusto, sino que como práctica jurídica debe considerarse una práctica fallida. Por otra parte, y a pesar de su injusticia, el derecho nazi todavía conservaba otros rasgos asociados a la práctica jurídica que hacían que no se separara tanto del concepto presupuesto por dicha práctica. En caso contrario, podría haber llegado a ser calificado como no-derecho. Pueden encontrarse críticas paralelas al positivismo metodológico hartiano en Stephen PERRY, «Hart's Methodological Positivism», *cit.*, y en Brian LEITER, «Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis», en J. Coleman (ed.), *Hart's Postscript*, Oxford, Oxford University Press, 2001. El positivista metodológico puede responder afirmando que los casos de práctica fallida se deberían al incumplimiento de normas o valoraciones, mientras que los casos de no-derecho podrían seguir siendo identificados mediante criterios puramente conceptuales. Sin embargo, lo que niegan los positivistas normativos es que esta distinción entre criterios puramente normativos y criterios puramente conceptuales sea posible o interesante.

pautas comunes de acuerdo con que gestionar el desacuerdo, así como criterios de decisión a instancias de dicho desacuerdo.

Cuando dos jugadores de ajedrez discrepan acerca de si un movimiento determinado está permitido, discuten acerca de qué cuenta como ajedrez, pero no esperan que la propia práctica del ajedrez sea compatible con dicho desacuerdo, y mucho menos que trate de ofrecer una solución al conflicto. Y, si dicho desacuerdo se generaliza, deberemos concluir que no existe en esa sociedad una práctica consistente y unificada de lo que cuenta como ajedrez. Del mismo modo, cuando en una práctica religiosa se generalizan las discrepancias o los desacuerdos sobre los fundamentos de dicha práctica, estos acaban por fracturar o destruir a la propia práctica. Pero en cambio, el derecho no sólo opera de manera compatible con los desacuerdos acerca de los criterios de aplicación, como afirma Dworkin, sino que dichos desacuerdos conforman sus propias condiciones de posibilidad, son consustanciales a la práctica misma⁴⁵. Y esto confiere una importancia política fundamental a la práctica jurídica. No sólo es que el derecho entendido ahora como acuerdo básico de los participantes (como el contenido acordado de las leyes) en un contexto de desacuerdos generalizados tiene importancia política, sino que la pregunta de qué cuenta como derecho en un escenario de este tipo necesita una teoría normativa, más concretamente política, para ser respondida. Esta interacción entre los acuerdos básicos y los desacuerdos también básicos que hace posible el derecho se encuentra en la clave, en mi opinión de la complejidad de la pregunta de qué es el derecho, y todavía no ha sido suficientemente explorada⁴⁶.

Claro que nada impide que definamos el derecho sin recurrir a pretensiones y valores tan controvertidos como el de corrección sustantiva mínima, y sin referencia a dicho contexto de desacuerdos generalizados, como no habría problema tampoco en concebir el derecho, por ejemplo, como un conjunto de decisiones individuales inconsistentes entre sí, en lugar de enfatizar la idea de normas generales⁴⁷. La estipulación del término es, en este sentido, libre. Pero definir derecho sin recurrir a ninguno de los elementos mencionados anteriormente, vacía de interés la discusión sobre qué es derecho, y la aleja de las prácticas

⁴⁵ Véase WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, *cit.*, pp. 123-124, 171-172, y 189-191.

⁴⁶ Véanse algunos intentos en WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, *cit.*; BESSON, *The Morality of Conflict*, *cit.*; CASS SUNSTEIN, *The Partial Constitution*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 1993; y MORESO, «Legal positivism and legal disagreements», *cit.*

⁴⁷ De hecho, el ordenamiento jurídico romano, por ejemplo, se separa enormemente de lo que habitualmente entendemos hoy por derecho, conteniendo un altísimo número de disposiciones jurídicas difícilmente interpretables y no sistematizadas de ningún modo, que el juez o aplicador del derecho podía seguir o no a la hora de resolver el caso, y aún y así nos referimos al mismo como derecho romano. Véase, para esta caracterización, ALFONSO RUIZ MIGUEL, *Una filosofía del derecho en modelos históricos*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 57-73.

contemporáneas. Como ha sostenido Jeremy Waldron, lo interesante cuando nos preguntamos qué es el derecho, no es tanto si somos capaces de construir un concepto lo suficientemente amplio como para que incluya todos los objetos (en este caso, prácticas) que a lo largo de toda la historia y en todos los lugares del mundo han sido denominados como derecho, como ha sostenido tradicionalmente el positivismo metodológico⁴⁸, sino reconstruir adecuadamente aquello que caracteriza la práctica que hoy denominamos jurídica⁴⁹. Y para hacerlo debemos partir de ciertos criterios normativos de relevancia. Una teoría absolutamente neutral sería tan abstracta y vacía que no serviría ningún propósito. En palabras del propio Waldron, refiriéndose al problema más concreto de la identificación de las fuentes del derecho, pero que puedan trasladarse también al problema general:

«Sospecho que ese intento de ser neutral respecto de las instituciones por parte de la filosofía del derecho está completamente desencaminado. Si estipulamos un nivel suficientemente alto de abstracción, por supuesto, no tendremos más opción que ignorar los rasgos que distinguen unas fuentes del derecho de otras. Podríamos, por ejemplo, intentar encontrar una definición de derecho positivo que desdibujara la distinción entre ley y costumbre, o una definición de “fuente de derecho” que no permitiera distinguir entre la legislación que surge de un Parlamento y el derecho creado por un juez en un caso difícil. Pero muy pronto estas ventajas comenzarían a evaporarse en los sensatos reinos de tal abstracción, y nos abrumarían las distorsiones provocadas por una teoría que insiste en que todo encaja en una sola medida»⁵⁰.

Y esta es la razón por la que a pesar de haber estipulado su neutralidad, los intentos de Kelsen, Hart o Raz, entre otros, no son realmente neutrales, sino que realzan algunos elementos de la práctica jurídica que les parecen relevantes, y lo hacen presuponiendo de manera implícita alguna teoría normativa. No cabe duda de que el positivismo representado por estos autores posee una imagen del derecho moderno tal y como ha sido pensado en Occidente desde la Ilustración, que no encajaría seguramente con otros tipos de derecho muy distintos, como el derecho romano. Lo que muestra su decisión de incluir la idea de normas generales en la noción de derecho es un compromiso con ciertos valores que modernamente asociamos con el derecho, rela-

⁴⁸ Véase, por ejemplo, KELSEN, *Teoría pura del derecho*, cit., epígrafe 6, pp. 44-70; y Joseph RAZ, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1979, p. 104.

⁴⁹ Adviértase que si lo interesante fuera lo primero, el trabajo de los antropólogos que identifican y describen la práctica de una civilización de la antigüedad o de una tribu actual de la Polinesia sería relevante para determinar, y en su caso desdibujar aún más, nuestro concepto de derecho, con el objetivo de dar cuenta de dichas prácticas lejanas. Y esto me parece, en contra de las opiniones de Kelsen y Raz citadas en la nota anterior, muy implausible.

⁵⁰ Véase WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, cit., p. 58.

tivos por ejemplo a la idea de autonomía individual, y no una verdadera neutralidad con todas las prácticas jurídicas que han existido a lo largo de la historia. No se trata únicamente de que las teorías de estos autores «emerjan de un contexto intelectual y político determinado», o que estén motivados, explícita o implícitamente, por «alguna visión político-moral», porque como ha sostenido Andrei Marmor esto no sería todavía incompatible con su visión de la neutralidad valorativa⁵¹. Es evidente que Kelsen no escapó a la influencia de las ideas filosóficas de moda en su época, como muestra su mayor neo-kantianismo en la primera edición de la *Teoría pura del derecho*, de 1934, en contraste con el mayor cientificismo propio del positivismo lógico en la segunda edición, la de 1960, o que en Hart podemos encontrar una enorme influencia de la filosofía del lenguaje oxoniense que conformaba su *background*. Lo que añade el positivismo normativo aquí es que, además de esto, y en parte debido a esto, todos estos autores compartían ciertos valores políticos básicos asociados con una cierta manera de pensar el derecho que explicaba sus estipulaciones y que en buena medida sesgaba su análisis pretendidamente puro.

Lo que debe hacer en cambio la filosofía del derecho es, en opinión de Waldron, observar los rasgos característicos que dan significado a nuestra práctica social que llamamos derecho, con la finalidad de ofrecer análisis rigurosos que resulten útiles desde el punto de vista del participante en dicha práctica jurídica, o desde el punto de vista normativo que pretende valorarla. De este modo, la filosofía del derecho contemporáneo debe dar cuenta por ejemplo de la noción de autoridad jurídica en un contexto de pluralidad y desacuerdos básicos generalizados, porque es en estas circunstancias en las que se construye la práctica jurídica actual, y debe dar cuenta también de nuestro «sentido de por qué es importante si algo cuenta como derecho o no»⁵², pregunta que sólo puede responderse asumiendo alguna teoría normativa. Esto supone admitir, como ya he dicho, los presupuestos normativos de la filosofía del derecho, y obliga a replantear la tesis de la neutralidad valorativa del filósofo del derecho.

No obstante, eso no quiere decir que el análisis conceptual no tenga sentido o no sea posible en absoluto, o que no haya algún espacio todavía para la neutralidad. En primer lugar, lo que he sostenido es que no es interesante reducir la filosofía del derecho a un análisis puramente conceptual en general que pretenda eludir los argumentos normativos. El papel de la dimensión normativa que me parece necesaria atañe principalmente a las controversias últimas sobre cuáles son los elementos principales del derecho, pero deja abiertos muchos espacios para el análisis conceptual. La estipulación o determinación de un concepto de derecho no puede realizarse (o no sería interesante si se realizara) únicamente a partir de criterios basados en el rendimiento explicativo poste-

⁵¹ Véase MARMOR, «Legal Positivism», *cit.*, pp. 691-692 y 699.

⁵² WALDRON, «Normative (or Ethical) Positivism», *cit.*, p. 420.

rior, porque diversos elementos de la práctica jurídica contemporánea como los aquí analizados la distinguen de otras prácticas sociales incluso normativas susceptibles, ellas sí, de ser explicadas con una cierta neutralidad valorativa⁵³. Pero una vez alcanzados algunos acuerdos normativos básicos tiene perfecto sentido desarrollar un análisis conceptual de hacia dónde conducen dichos presupuestos, igual que tiene sentido aplicar el concepto definido normativamente a la práctica con ánimo de describir, como hace la ciencia jurídica, lo que ocurre en nuestras sociedades bajo el epígrafe de derecho. Cuando dos filósofos comparten un mismo ideal normativo de derecho, pueden emprender perfectamente una discusión puramente conceptual sobre algunos de los aspectos concretos del derecho⁵⁴. Ni siquiera es necesario que compartan por completo toda una teoría normativa. Alguien que sólo comparta con Waldron, por ejemplo, algunos compromisos normativos básicos con respecto al derecho, puede pasar a analizar conceptualmente sus propuestas sin por ello compartirlas enteramente. El positivismo normativo no invalida, pues, el necesario espacio del análisis conceptual dentro de la filosofía del derecho. Se limita a poner de relieve que la dimensión normativa de la filosofía del derecho no puede ser separada por completo, en última instancia, del análisis conceptual supuestamente encargado a la teoría del derecho, como pretenden los defensores de la *visión comprehensiva separadora*, sino que debe ser considerado y reivindicado como parte inherente a la tarea del filósofo del derecho, tal y como defiende lo que aquí he llamado la *visión integradora*.

Los argumentos expuestos hasta el momento permiten comprender en qué medida, como ya anticipé anteriormente, el positivismo normativo comparte la crítica al positivismo metodológico desarrollada por Ronald Dworkin y suscribe también una visión integradora de las funciones de la filosofía del derecho. Sin embargo, lo cierto es que las dos teorías reconstruyen el concepto normativo del derecho de formas muy diversas. La diferencia más clara entre el positivismo normativo y la teoría dworkiniana radica en la tesis normativa del primero. El positivismo normativo sostiene de algún modo la tesis de que debe mantenerse la separación entre el derecho y la moral. Sea porque cuando el derecho remite a la moral aumenta considerablemente la discrecionalidad de los jueces a la hora de aplicar el derecho y ello

⁵³ Aunque tengamos en cuenta lo que ya Max Weber advertía cuando afirmaba que el espacio de la objetividad en el caso de los científicos sociales comenzaba allí donde terminaba la formación de conceptos, pues es imposible frenar la influencia de la ideología o las valoraciones personales en el momento de estipular tales conceptos, y esto lo aplicaba a todos los conceptos por igual. Véase, por ejemplo, Max WEBER, «La objetividad del conocimiento en las ciencias y la política sociales», en *La acción social: Ensayos metodológicos*, trad. de Michael Faber-Kaiser y Salvador Giner, Barcelona, Península, 1984. Lo que estoy sosteniendo aquí.

⁵⁴ En este punto discrepo de DWORKIN, que considera que el análisis conceptual no tiene ningún interés más allá de un afán taxonómico, en *Justice in Robes*, cit., pp. 232-240.

resulta pernicioso para el ideal de Estado de derecho y para el valor de la autonomía⁵⁵, o bien porque el derecho sólo tiene sentido como una pauta legítima de comportamiento y coordinación en circunstancias de desacuerdo moral⁵⁶, lo cierto es que el derecho y la moral deben mantenerse estrictamente separados. Y, en relación con esto, otra de las discrepancias centrales entre las teorías de Waldron y Dworkin radica en cómo concebir dicho ideal de estado de derecho, que Waldron entiende de manera robusta como sigue:

«El Estado de derecho celebra ciertas propiedades de un sistema de gobierno que funciona adecuadamente como la publicidad y la transparencia en la administración pública, la generalidad y prospectividad de las normas en vigor en la sociedad, la predictibilidad del ambiente social que dichas normas contribuyen a conformar, la equidad procedimental que implica la aplicación de tales normas, la independencia e incorruptibilidad de los jueces, etc. Mira hacia un mundo en el que las personas que ocupan cargos de poder ejercen dicho poder dentro de un marco limitador de reglas públicas, y no sobre la base de sus propias preferencias, de su ideología o de su sentido personal de lo correcto y lo incorrecto»⁵⁷.

El hecho de que discrepemos acerca de qué valores morales deben guiar nuestro comportamiento e incluso acerca de cómo debemos organizarnos socialmente hace necesario una institución que opere a la luz de estos desacuerdos y que lo haga de una manera legítima. Esta institución es el derecho, que para ser legítimo debe ser promulgado por una autoridad a su vez legítima, es decir democrática. El derecho legítimo moderno es el producto de un procedimiento democrático representativo y plural. Si el derecho remitiera a la moral, implicaría resolver los casos particulares en base a criterios normativos que no han sido especificados por la autoridad democrática legítima. De modo que debe excluirse la moral del razonamiento jurídico en la medida de lo posible⁵⁸. Este argumento presupone, por parte del posi-

⁵⁵ Este es el argumento que podemos encontrar en CAMPBELL, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, cit.; en WALDRON, «Is the Rule of Law and Essentially Contested Concept (in Florida)?», *Law and Philosophy*, núm. 21, 2002, pp. 137-164, y en WALDRON, «Normative (or Ethical) Positivism», cit.

⁵⁶ Este otro argumento se encuentra más claramente en WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, cit.; en CAMPBELL, *Prescriptive Legal Positivism*, cit.; y en BESSON, *The Morality of Conflict*, cit.

⁵⁷ WALDRON, «The Concept and the Rule of Law», manuscrito, 2007. Véase también WALDRON, «The Rule of Law in Contemporary Liberal Theory», *Ratio Juris*, 2 (1989); WALDRON, «The Rule of Law as a Theater for Debate», en J. Burley (comp.), *Dworkin and his Critics: With Replies by Dworkin*, Oxford: BLACKWELL, 2004; y MURPHY, «The Political Question of the Concept of Law», cit. También véase una presentación previa en LON FULLER, *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1964.

⁵⁸ Así lo señalan WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, cit.; CAMPBELL, *Prescriptive Legal Positivism*, cit.; BESSON, *The Morality of Conflict*, cit.; y Carlos NINO, cuando establece las razones por las que el derecho no es superfluo con respecto a la

tivismo normativo, una teoría robusta de la autoridad legítima democrática, que permita entender los mecanismos de producción y la forma del derecho⁵⁹, que de nuevo servirá para contrastarlo con la teoría de Dworkin. Primero porque esta última tiene una teoría eminentemente sustantiva de la legitimidad, asociada al valor de la integridad, mientras que la primera enfatiza los aspectos procedimentales de la legitimidad, y segundo por su distinta valoración de las relaciones entre democracia y derechos fundamentales o constitución⁶⁰.

Lo expuesto en este apartado permite comprender el rasgo específico distintivo del derecho enfatizado por el positivismo normativo, que lo separa de otras prácticas sociales incluso normativas: el derecho es una práctica normativa política, y esto convierte al derecho en un concepto también normativo y político. Por ello, el positivismo normativo podría ser también denominado positivismo político⁶¹. En el siguiente apartado trataré de mostrar, ya para concluir este trabajo, de qué manera algunos conceptos políticos controvertidos son indefectiblemente normativos y a la vez descriptivos.

IV

Al inicio de la sección II he afirmado que el concepto de derecho es un concepto normativo. Ahora debo añadir que, indudablemente, posee también una dimensión descriptiva. Y no es que puedan ser distinguidos dos conceptos distintos, uno descriptivo y uno normativo de derecho, sino que ambas dimensiones se encuentran entrelazadas en un mismo y único concepto. Como trataré de mostrar en este apartado, ello no debe resultar extraño, sino que se trata de una característica compartida con muchos otros conceptos políticos controvertidos, como el de democracia, el de libertad, o el de igualdad. Me centraré

moral, en *La constitución de la democracia deliberativa*, cit. Véanse, por último, las interesantes observaciones que realiza NINO al respecto en «Sobre los derechos morales», *Doxa*, núm. 7, 1990, pp. 311-325.

⁵⁹ Véase WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, cit., caps. 3-6.

⁶⁰ Tanto Dworkin como Waldron han coincidido en señalar esta discrepancia básica. Véanse DWORKIN, *Justice in Robes*, cit., pp. 26-30 y 236-240; y WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, cit., caps. 9-13.

⁶¹ Además de los trabajos centrales de Waldron y Campbell enfatizando este punto, véanse también estos otros: PERRY, «Hart's Methodological Positivism», cit.; MURPHY, «The Political Question of the Concept of Law», cit.; MURPHY, «Better to See Law this Way», cit.; MURPHY, «What Matters? Morality and the Concept of Law», cit. Finalmente, también podría ser advertida alguna afinidad con el argumento principal de John Finnis en contra del positivismo metodológico, aunque por supuesto existen importantes diferencias entre ambos enfoques, no siendo la menor la discrepancia central entre la tesis normativa del positivismo normativo y el iusnaturalismo en general. Véase el primer capítulo de su *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980.

concretamente en el primero de ellos, aunque lo que sostendré puede ser fácilmente extendido a los demás.

Aunque podemos pensar que compartimos algunas ideas básicas sobre lo que es la democracia, con independencia de lo que pensemos que ésta debe ser, lo cierto es que ha sido imposible encontrar una definición que satisfaga las pretensiones de todas las concepciones normativas en liza. El equivalente del positivismo jurídico metodológico en el terreno de la teoría de la democracia consistiría en tratar de definir un concepto mínimo de democracia común a todas las concepciones de la misma, sin tomar partido en el debate normativo, que permita precisamente la comunicación, bajo el presupuesto de que no es posible entrar a valorar los aspectos normativos vinculados a la democracia hasta que no sepamos exactamente de qué estamos hablando. Sin embargo, en la teoría de la democracia se acepta comúnmente que la discusión acerca del significado del concepto de democracia es también en buena parte necesariamente normativa⁶². Ocurre que las discrepancias normativas son también, en buena medida, controversias acerca del propio concepto de democracia. No es que sea imposible estipular un concepto mínimo de democracia sin estar comprometido con una visión normativa. Pero dicha estipulación no será completamente neutra en tanto en cuanto siempre resaltarán propiedades afines a alguna o algunas de las concepciones normativas de la democracia, y oscurecerá las que pueden ser concebidas como prioritarias desde otros puntos de vista normativos⁶³.

Pongamos algunos ejemplos⁶⁴. Desde una concepción liberal (por ejemplo schumpeteriana) de la democracia se puede afirmar que los rasgos centrales de un sistema democrático son la convocatoria de elecciones periódicas y el respeto a ciertas libertades fundamentales,

⁶² Véase, por ejemplo, Giovanni SARTORI, *¿Qué es la democracia?*, trad. de Miguel Ángel González Rodríguez y María Cristina Pestellini Laparelli Salomon, Madrid, Taurus, 2003, pp. 17-28; David HELD, *Modelos de democracia*, 2.ª ed., trad. de Teresa Alberó, Madrid, Alianza, 2001, pp. 16-26; Anthony ARBLASTER, *Democracia*, trad. de Adriana Sandoval, Madrid: Alianza, 1992, pp. 9-21; o Ferran REQUEJO, *Las democracias. Democracia antigua, democracia liberal y estado de bienestar*, Barcelona, Ariel, 1990, pp. 206-215.

⁶³ Esto es lo que ocurre cuando los científicos políticos, que aspiran a realizar un trabajo empírico y «científico» preservando su neutralidad valorativa con respecto a la discusión normativa sobre la democracia, estipulan una noción mínima de democracia. Consciente o inconscientemente su estipulación termina por favorecer alguna de las concepciones normativas en discusión, hasta el extremo que algunas otras posiciones del debate no se reconocerían en dicha estipulación mínima.

⁶⁴ El caso más llamativo es el de la conocida contraposición entre la concepción liberal y la concepción soviética o «popular» de la democracia, que señalan como casos paradigmáticos de sus teorías a los Estados Unidos y a la Unión Soviética respectivamente. Lo más sorprendente de este caso es que desde cada uno de los puntos de vista lo que el otro propone como caso paradigmático de democracia es visto como un caso claro de no-democracia. Pero tal vez en este caso resulte demasiado tentador concluir que ambas concepciones están discutiendo de cosas distintas. Por esta razón prefiero no utilizarlo como ejemplo en el texto.

como la libertad de asociación y de expresión. Desde esta perspectiva, no hay diferencias significativas entre la democracia de, digamos, Suecia y la de Perú. Sin embargo, desde una perspectiva republicana y deliberativa de la democracia, el sistema político de Perú no alcanza unos mínimos estándares democráticos y por supuesto está lejos de asemejarse a la democracia de Suecia⁶⁵. No se puede decir, entonces, que las concepciones liberal schumpeteriana y republicana compartan un mismo concepto de democracia. Aunque puedan coincidir en la valoración de algunos casos (las dos situarían a Suecia en el grupo de países democráticos), lo harían por razones parcialmente distintas. Pero hay otro ejemplo todavía más cercano a los intereses de este trabajo. Dworkin ha defendido en diversas ocasiones que el concepto de democracia «correctamente entendido» responde a la idea de democracia constitucional, e incluye entre sus elementos definitorios la limitación del poder de decisión parlamentario mediante la protección constitucional de derechos básicos⁶⁶. Bajo este punto de vista, un Estado con procedimiento de toma de decisiones mayoritario que no estuviera constreñido constitucionalmente (lo cual incluye, en opinión de Dworkin, la idea de rigidez constitucional y la necesaria protección jurisdiccional en forma de control de constitucionalidad de la legislación), como por ejemplo Nueva Zelanda en el que las mayorías pueden reformar fácilmente la Constitución, no sería una verdadera democracia, en el sentido «correctamente entendido» del término. O, dicho en términos más suaves, que un sistema de decisiones mayoritario como ese no sería tan valioso como una democracia constitucional como la estadounidense. Sin embargo, desde la perspectiva de una teoría rival de la democracia, como la de Jeremy Waldron, Nueva Zelanda sería un país mucho más democrático que los Estados Unidos precisamente por la misma razón, porque su parlamento no se encuentra constreñido del mismo modo por su Constitución⁶⁷.

Como he dicho anteriormente, no es que sea imposible definir un concepto empírico o descriptivo de democracia, útil para los análisis de la ciencia política, pero dicho concepto no puede ser nunca neutro valorativamente. En primer lugar está influido por la definición previa del ideal normativo de democracia (de modo que los teóricos que adopten un ideal sensiblemente distinto terminarán por definir un concepto empírico también distinto)⁶⁸. Y en segundo lugar porque depende

⁶⁵ Entre otras razones, esto es porque las enormes desigualdades económicas de Perú no garantizan una adecuada igualdad política básica entre todos sus ciudadanos, ni permiten una deliberación democrática abierta a la participación de todos.

⁶⁶ RONALD DWORKIN, «Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise», en *Freedom's Law*, Oxford, Oxford University Press, 1997.

⁶⁷ WALDRON, *Law and Disagreement*, cit.

⁶⁸ Esto es lo que ejemplifica la distinción de Robert Dahl, seguramente el teórico de la democracia más influyente del mundo, entre la idea de democracia y la idea de poliarquía. Según este autor, existe un concepto ideal de democracia, definido por ciertas propiedades utópicas, que define el horizonte hacia el que debemos tender,

de una decisión pre-científica acerca de cuántos, y sobre todo cuáles, Estados actuales queremos incluir en la categoría de democracia⁶⁹. Nótese que el argumento del positivismo metodológico o de su equivalente en la teoría de la democracia presupone la posibilidad de distinguir el ámbito de discusión normativa sobre un concepto del ámbito de discusión puramente conceptual. Pero esta distinción es muy difícil de mantener con respecto a ciertos conceptos normativos políticos. La estrategia de distinguir entre concepto y concepciones⁷⁰, por ejemplo, preservando estas últimas para las cuestiones normativas, no funciona porque presupondría que las diversas concepciones de la democracia o el derecho comparten un mismo concepto, una misma idea nuclear, difiriendo únicamente en la forma de completar dicho concepto, en los detalles normativos, por así decirlo, de su aplicación. Si esto fuera así, sería posible analizar el contenido de dicho concepto nuclear sin recurrir a las concepciones normativas de que cada uno disponga, y ya hemos visto que ello no era posible.

Parece más bien que con este tipo de conceptos ocurre lo que Bernard Williams ha descrito con respecto a los conceptos morales «densos» (*thick*), como el de crueldad, valentía o cobardía: «Al anticipar imaginativamente el uso del concepto, el observador debe también comprender imaginativamente su elemento evaluativo»⁷¹. Sin embargo, tampoco es fácil trasladar sin más el análisis de Williams a conceptos normativos como los analizados aquí⁷². En primer lugar, porque el problema de los conceptos morales densos no radica tanto en su complejidad conceptual, como en el caso de los conceptos normativos que nos interesan aquí, sino en la evaluación positiva o negativa que se haga de la misma⁷³. Y, en segundo lugar, y en parte como consecuen-

y un concepto empírico o real de democracia, que él bautiza como poliarquía, y que está definido por un conjunto de propiedades mínimas que diversos Estados del mundo ya han alcanzado y que puede ser utilizado por los científicos políticos cuando tratan de establecer, por ejemplo, si alguna vez se ha producido una guerra entre dos democracias, o cuántos Estados democráticos existen del total de Estados existentes en el mundo. Véase Robert DAHL, *La democracia y sus críticos*, trad. de Leonardo Wolfson, Barcelona, Paidós, 1992, pp. 34 ss., y 266-270; y DAHL, *La democracia. Una guía para ciudadanos*, trad. de Fernando Vallespín, Madrid, Taurus, 1999, pp. 47 y 48, y 99-101.

⁶⁹ Esto se encuentra detrás de la idea señalada por Weber respecto a la falta de objetividad en la determinación de conceptos sociales, a la que he aludido anteriormente en la nota 53.

⁷⁰ La distinción entre concepto y concepciones ha sido utilizada por Rawls y Dworkin con otros fines. Véase RAWLS, *A Theory of Justice*, *cit.*; y DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, *cit.*

⁷¹ Bernard WILLIAMS, *Ethics and the Limits of Philosophy*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1985, p. 129.

⁷² Para un análisis crítico de la distinción de Williams entre conceptos morales densos y ligeros (*thick* and *thin*), véase Samuel SCHEFFLER, «Morality through Thick and Thin», *Philosophical Review*, 96, p. 3, 1987.

⁷³ Para una idea paralela, véase Liam MURPHY, «What Matters? Morality and the Concept of Law», manuscrito.

cia de lo anterior, porque la disputa normativa-conceptual sobre conceptos como democracia, libertad o derecho alcanza incluso a los llamados casos paradigmáticos de cada concepto, como hemos visto en el ejemplo de la controversia Dworkin-Waldron.

El reto consiste entonces en explicar cómo puede haber diálogo significativo entre concepciones normativas que no comparten ni siquiera intuiciones básicas acerca de casos paradigmáticos⁷⁴. Un intento de dar cuenta de este fenómeno lo encontramos en la idea de Walter Bryce Gallie sobre los conceptos esencialmente controvertidos⁷⁵. Según Gallie, algunos conceptos serían eminentemente normativos y controvertidos hasta el extremo que nuestras disputas abarcarían también los casos centrales de aplicación de dichos conceptos. Los casos que resultan paradigmáticos para una teoría normativa no lo serían para la otra, y a la inversa. Pero la caracterización de Gallie no ofrece realmente ninguna solución al problema mencionado de cómo explicar que las diversas concepciones de la democracia o del derecho discuten acerca de la misma idea si ni siquiera comparten las mismas intuiciones respecto a los casos paradigmáticos, sino que se limita a repetir la estructura del problema.

Lo mismo puede decirse del intento de solución propuesto recientemente por Liam Murphy y José Juan Moreso, utilizando las ideas de David Lewis respecto a la indecisión semántica y a las superevaluaciones⁷⁶, si bien en mi opinión la primera de estas puede servir como un principio de solución satisfactoria, como argumentaré más adelante. Como es bien conocido David Lewis utilizaba la idea de superevaluaciones para resolver la paradoja de Sorites con respecto a la vaguedad de algunos conceptos graduales⁷⁷, y consistía en distinguir dos grados en el valor de verdad: por una parte el de la verdad simple, que puede ser establecida por correspondencia en base a algún criterio determinado, no necesariamente compartido por todos los participantes de una práctica lingüística; y por la otra el de superverdad, como resultado de

⁷⁴ ¿Acaso no es tentador decir que la polémica que separa a iusnaturalistas de positivistas, por ejemplo, se trata en realidad de un falso desacuerdo, pues unos hablan de cómo el derecho es, y los otros de cómo debería ser? Sin embargo esta caracterización no haría justicia al hecho de que muchos autores nada ingenuos que han participado en la discusión sostienen estar discutiendo sobre lo mismo: sobre *el* concepto de derecho. Véase MURPHY, «What Matters? Morality and the Concept of Law», *cit.*

⁷⁵ W. B. GALLIE, «Essentially Contested Concepts», *Proceedings of the Aristotelian Society*, 56, 1956. Para una aplicación de la noción de «concepto esencialmente controvertido» al derecho, desde el punto de vista de los desacuerdos, véase Besson, *The Morality of Conflict*, *cit.* Véase también, Marisa IGLESIAS, «Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional», *Doxa*, núm. 23, 2001.

⁷⁶ *Ibidem*, pp. 58 ss. Véase un intento similar en MORESO, «Legal Positivism and Legal Disagreements», *cit.*

⁷⁷ Véase David LEWIS, «General Semantics», en Lewis, *Philosophical Papers*. Vol. III, Oxford: Oxford University Press, 1985; y LEWIS, «Many, But Almost One», en John Bacon, Keith Campbell *et al.* (comps.), *Ontology, Causality and Mind. Essays on the Philosophy of D. M. Armstrong*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993.

comprobar que todos los criterios de aplicación utilizados por los participantes de la práctica coinciden en señalarle valor de verdad, es decir, en considerarlo un caso de aplicación del concepto. Por ejemplo, la afirmación de que yo soy calvo puede ser verdadera según algunas comprensiones de la noción de calvo, pero (supongamos) no según otras. Sería verdad que yo soy calvo, en atención a las primeras, pero no podríamos decir que es superverdad que soy calvo. En cambio todas las comprensiones de la noción del calvo coincidirían en señalar que John Malcovich es calvo, y por lo tanto esta afirmación sería superverdadera. No es necesario alcanzar un acuerdo total respecto a todos los casos de aplicación de un concepto para poder decir que compartimos un concepto. Nos basta con compartir un núcleo básico de acuerdo respecto a los casos que la teoría identifica como superverdaderos.

Como ya he dicho, Liam Murphy y José Juan Moreso tratan de aplicar esta idea al derecho. Creen que se puede determinar una zona de aplicación clara de las diferentes concepciones del derecho, de modo que se pudiera determinar un valor de superverdad sobre los casos de coincidencia, dejando el resto de casos polémicos como casos de indecisión semántica. O, dicho en otros términos, podríamos identificar un consenso entrecruzado significativo entre las diversas concepciones del derecho que nos permitiera reconstruir con sentido su controversia, sin por ello tratar de definir todo el campo semántico de aplicación de dicho concepto. Ahora bien, esta estrategia no añade demasiado a la idea de casos paradigmáticos y, como hemos dicho anteriormente, no siempre es posible identificar un acuerdo significativo entre las distintas concepciones respecto a lo que cuenta como caso paradigmático. No es que no exista ninguna zona de consenso entrecruzado. Puede, efectivamente, suceder que todas las concepciones de la democracia o del derecho coincidan en la valoración de algún caso determinado como un caso de aplicación del concepto. Pero esto no garantiza todavía que dichas teorías conciban dicho caso como paradigmático. Lo que hacemos si basamos el concepto mínimo común sobre este conjunto de casos de acuerdo es terminar definiendo un concepto ciertamente compartido, pero «poco interesante» y poco significativo. Corremos el riesgo que ninguna de las concepciones o teorías se muestre satisfecha con dicho concepto mínimo, que no se identifique con el mismo, por más que no tenga nada que objetarle desde el punto de vista del conjunto de casos que éste reúne⁷⁸.

⁷⁸ Verónica Rodríguez Blanco ha utilizado otra estrategia parcialmente distinta, consistente en aplicar la idea wittgensteniana del parecido de familia. Según esta propuesta, lo que permitiría explicar que el debate entre las diversas concepciones del derecho es significativo es dicho aire o parecido de familia entre todas ellas. Véase Verónica RODRÍGUEZ BLANCO, «Is Finnis Wrong? Understanding Normative Jurisprudence», *Legal Theory*, 13, 2007, pp. 257-283. Aunque no tengo tiempo de analizar a fondo esta propuesta, quiero señalar que, por una parte, no me parece que capture el elemento que en mi opinión es prioritario, que tiene que ver con la naturaleza política de la controversia sobre el derecho, pero que, por la otra, considero que el intento de Rodríguez Blan-

Las dificultades en las que se encuentran estas teorías muestran, me parece, que no es posible acordar un concepto mínimo y paradigmático de democracia, o de libertad o de derecho, compartido por todas las teorías normativas sobre cada uno de estos conceptos, y que dicho concepto sea realmente útil para la controversia que separa dichas doctrinas. Al contrario, se trata de conceptos normativos cuyas disputas son a la vez conceptuales y normativas. De nada sirve invertir horas y horas en la discusión acerca de si la verdadera democracia incorpora conceptualmente la idea de restricciones constitucionales o no, porque la controversia sobre la limitación constitucional de los procedimientos democráticos es una controversia normativa, no puramente conceptual, y como tal sólo puede ser resuelta por medio de argumentos justificatorios o normativos⁷⁹. Creo que la siguiente comparación, ideada por Roberto Gargarella y el propio José Juan Moreso, puede servir para ejemplificar eso y para poner punto y final a este trabajo. El ejemplo es el de la práctica de hacer cola para esperar turno, y los autores afirman que la pregunta de si es lícito vender el propio puesto en la cola es a la vez conceptual y normativa:

«¿Deberíamos distinguir claramente entre aquello que la práctica de guardar cola es y aquello que debería ser? Como es sabido, esto es sólo una evocación del *motto* del positivismo jurídico (de Bentham y Austin a Kelsen, Ross, Hart y Bobbio) acerca de la nítida separación entre el derecho que es y el derecho que debe ser. Es razonable mantener esta distinción, pero debemos comprenderla cabalmente. El enfoque del guardián de la cola y los enfoques de los teóricos acerca de la práctica de guardar cola, si los hubiere, acerca del *point* de la práctica, acerca de aquello que la práctica debería ser, afectan irremediablemente a aquello que la práctica es (...) De modo semejante, las creencias acerca de lo que una práctica tan compleja como el derecho debe ser, afectan a aquello que el derecho es. Y las creencias acerca de lo que el derecho debe ser son el terreno de la filosofía política.»⁸⁰

co, así como el propio de Finnis, comparte algunos presupuestos importantes con la posición que estoy tratando de articular aquí. Véase también su más reciente texto «Regreso al futuro: ¿Pueden la objetividad y la normatividad jurídica reconciliarse?», manuscrito presentado en la Universidad de Girona en octubre de 2008.

⁷⁹ El positivista jurídico metodológico puede responder negando que el concepto de derecho sea normativo, o al menos que sea político en este mismo sentido en que lo es el de democracia. Sin embargo, como he tratado de mostrar en el apartado anterior, las expectativas y valores implícitos en la práctica jurídica y el factor de los desacuerdos, que son ambos consustanciales a la idea moderna de derecho, le confieren dicho carácter político normativo y controvertido.

⁸⁰ Véase Roberto GARGARELLA y José Juan MORESO, «Prólogo» a José Luis Martí, *La república deliberativa: una teoría de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. xvi. A pesar de esta concesión, Moreso ha escrito en contra del positivismo normativo. Véase José Juan MORESO, «Positivismo jurídico y aplicación del derecho», *cit.* Como ejemplo de alguien que considera que no es lícito vender el puesto en la cola, véase Jon ELSTER, «Social Norms and the Explanation of Behavior», en P. Bearman y P. Hedstrom (comps.), *Oxford Handbook of Analytical Sociology*, Oxford,

Por ello es necesario darse cuenta que una parte importante de la filosofía del derecho, inseparable del análisis conceptual, es la discusión normativa de la filosofía política acerca de las instituciones principales que componen nuestras democracias y nuestros ordenamientos jurídicos. Finalmente, Gargarella y Moreso concluyen:

«Alguien podría insistir todavía en que todo ello puede hacerse sin tomar ningún partido desde el punto de vista normativo. Desentrañar las diversas ideologías imperantes sería, entonces, necesario para comprender el funcionamiento del derecho de nuestras sociedades, pero nada más. Tal vez esto sea posible, pero no se corresponde con casi ninguna de las teorías jurídicas que conocemos, las teorías jurídicas contienen un *ideal*, explícito o implícito, de derecho y, a partir de él, describen la práctica jurídica.»⁸¹

Pero si esto es así, entonces la filosofía del derecho debe incorporar necesariamente una dimensión normativa, imposible de separar de su dimensión conceptual, y en consecuencia no es posible preservar la tesis de la neutralidad valorativa defendida por el positivismo metodológico, al menos tal y como éste la concebía. Esto es lo que he tratado de poner de relieve en este trabajo.

Oxford University Press, en prensa. En Polonia, sin embargo, durante la etapa comunista en la que era tan frecuentemente necesario hacer muchas horas de cola, al parecer era visto como lícito vender el puesto en la cola; véase J. HRADA, «Consumer Shortages in Poland», *Sociological Quarterly*, 26, 1985, pp. 387-404. De la extensa literatura sobre la práctica de la cola, véase L. MANN, «Queue Culture: the Waiting Line as a Asocial System», *American Journal of Sociology*, 75, 1969, pp. 340-354; S. Milgram *et al.*, «Response to Intrusion into Waiting Lines», *Journal of Personality and Social Psychology*, 51, 1986, pp. 683-689; y R. LARSON, «Perspectives on Queues: Social Justice and the Psychology of Queuing», *Operations Research*, 35, 1987, pp. 895-905.

⁸¹ Gargarella y Moreso, *op. cit.*, p. XVI.