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

NEUTRALIDAD Y TEORÍA DEL DERECHO

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

ÍNDICE

Pág.

PREFACIO 13

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

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

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

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

BIBLIOGRAFÍA 73

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

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

Pág.

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

BIBLIOGRAFÍA 91

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

INTRODUCCIÓN 93

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

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

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

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

3. LA METODOLOGÍA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO 125

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

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

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

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

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

Pág.

6. SE TRATA DE LA METAFÍSICA —TAL VEZ 155

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

7. UN NUEVO COMIENZO 171

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

BIBLIOGRAFÍA 176

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

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

BIBLIOGRAFÍA 203

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

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

BIBLIOGRAFÍA 221

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

BIBLIOGRAFÍA 241

Pág.

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

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

BIBLIOGRAFÍA 275

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

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

BIBLIOGRAFÍA 310

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

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

Pág.

4. ¿NUEVAMENTE INDETERMINACIÓN? 334
BIBLIOGRAFÍA 340

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

1. PRÁCTICAS Y CONCEPTOS 344
2. TEORÍAS BASADAS EN IDEALES, PARADIGMAS O TELEOLOGÍA 347
   - 2.1. Nigel Simmonds 347
   - 2.2. Mark Greenberg 348
   - 2.3. Robert Alexy 349
   - 2.4. Lon Fuller 350
   - 2.5. Ronald Dworkin 351
   - 2.6. John Finnis 352
3. UNA REVISIÓN DE LA NATURALEZA Y OBJETIVOS DE LAS TEORÍAS DEL DERECHO 353
   - 3.1. Dos aspectos del derecho 353
   - 3.2. Ideales y teleologías 354
   - 3.3. ¿Una Ciencia del Derecho? 355
   - 3.4. Respuestas y críticas 355
4. CONCLUSIÓN 357

BIBLIOGRAFÍA 359

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

1. ¿QUÉ ES EL MCTD? 364
2. EVALUANDO EL MCTD 366
   - 2.1. Los desafíos del MCTD 366
   - 2.2. Posibles objeciones 373
3. ¿EL ARGUMENTO DEMUESTRA DEMASIADO? 377
4. OBSERVACIONES FINALES 378

BIBLIOGRAFÍA 379

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

BIBLIOGRAFÍA 404

PREFACIO

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

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

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

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

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

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

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

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

Jordi FERRER BELTRÁN
José Juan MORESO
Diego M. PAPAYANNIS

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

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

[3] Véase AUSTIN [1832] 2002: 188.

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

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

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

---

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

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

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

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

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

1.

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

---

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

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

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