

¿PUEDE LA TEORÍA DEL DERECHO ESTAR LIBRE DE VALORES?¹

CAN LEGAL THEORY BE VALUE FREE?

ROBERTO M. JIMÉNEZ CANO
Universidad Carlos III de Madrid

Fecha de recepción: 17-02-10

Fecha de aceptación: 6-05-10

Resumen: *El presente trabajo defiende la denominada tesis de la neutralidad valorativa en la teoría del Derecho en el sentido de que, más allá de puros valores epistémicos, aquélla no involucra valor moral o político alguno. En orden a defender tal tesis, se abordará, en primer lugar, el significado de su formulación clásica en la teoría del Derecho de los siglos XIX y XX. En segundo lugar, se atenderá a las críticas hacia la formulación clásica que tienen como punto de mira el papel de los valores epistémicos. En último lugar, centrándose en la actual discusión en el seno de la teoría jurídica, se acometerá el rol de los valores prácticos y la cuestión de si es posible o no seguir manteniendo la tesis de que la teoría del Derecho puede quedar libre de valores morales y políticos.*

Abstract: *This paper argues so-called value neutrality thesis in Legal Theory in the sense that, beyond epistemic values, it does not involve moral or political values. In order to defend this thesis, it will deal first with the meaning of the classical formulation in Legal Theory of the 19th and 20th centuries. Secondly, it will tackle criticisms of the classical formulation having as spotlight the role of epistemic values. Finally, focusing on the current discussion within the Legal Theory, it shall be considered the role of practical values and the question whether it is possible or not continue the thesis that the Legal Theory can be free of moral and political values.*

¹ La realización de este trabajo ha sido posible gracias al Programa de ayudas de la Fundación Gregorio Peces-Barba para el estudio y la cooperación en derechos humanos y en el marco del Proyecto Consolider-Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos” CSD2008-00007.



- Palabras clave:** Teoría del Derecho, tesis de la neutralidad valorativa, Teorías descriptivas y normativas, valores epistémicos, valores prácticos.
- Keywords:** Legal Theory, value neutrality thesis, descriptive and normative theories, epistemic values, practical values.

1. INTRODUCCIÓN. LA FORMULACIÓN CLÁSICA DE LA TESIS DE LA NEUTRALIDAD VALORATIVA

En un marco conceptual ya clásico se viene afirmando que el objetivo de la ciencia es la verdad objetiva y que la tarea de las teorías es explicar el mundo y las regularidades de los fenómenos². En otras palabras, que la misión de la ciencia o de la teoría no es más que realizar enunciados verdaderos sobre la realidad, es decir, proporcionar enunciados con valor cognitivo que suministran información verdadera sobre el mundo. Todos esos enunciados con valor cognitivo sobre la realidad o la totalidad de los objetos de la razón y de la investigación humana se han clasificado, desde el empirismo británico del siglo XVII, bien en “relaciones de ideas”, bien en “cuestiones de hecho”. De esta manera, toda proposición que puede descubrirse por la simple operación del pensamiento y que es intuitiva quedaba configurada como una relación de ideas o de conceptos. Por ejemplo, “el cuadrado de la hipotenusa es igual al cuadrado de los dos lados” es una proposición que muestra la relación entre partes de un triángulo. La proposición “tres veces cinco es igual a la mitad de treinta” muestra una relación entre números. Este tipo de proposiciones –características de la matemática y de la lógica– son siempre ciertas y evidentes, aunque jamás hubiera habido un triángulo en la naturaleza. Las cuestiones de hecho, por su parte, no son evidentes y están basadas en relaciones de causa y efecto que sólo pueden ser conocidas a través de la experiencia³.

El neopositivismo del siglo XX, por su parte, adoptó el denominado principio de verificación como criterio de conocimiento y de verdad de las

² K. POPPER, *La lógica de la investigación científica*, trad. V. Sánchez de Zavala, Tecnos, Madrid 1980, pp. 57 y 235; *Objective Knowledge*, Oxford University Press, Oxford, 1983, p. 361; *En busca de un mundo mejor*, trad. J. Vigil, Paidós, Barcelona, 1994, p. 18. Sobre los objetivos de la ciencia y de las teorías en Popper puede verse C. VERDUGO, “Popper y la explicación científica”, *Revista de Filosofía*, vol. 30, núm. 1, 2005, pp. 49-61.

³ D. HUME, *Investigación sobre el conocimiento humano*, trad. J. de Salas, Alianza, Madrid, 2005, pp. 57-60.



proposiciones teóricas⁴. De acuerdo con el principio de verificación únicamente tienen sentido cognitivo, esto es, sólo pueden conocerse y, por ende, reputarse como verdaderas o falsas aquellas proposiciones acerca de cuestiones que se puedan percibir y experimentar. Por tanto, de acuerdo a este principio, una proposición sólo tiene sentido si se pueden enunciar las condiciones bajo las cuales dicha proposición es verdadera y aquellas bajo las cuales es falsa. De modo que, si se es incapaz de verificar (o falsear) una proposición, dicha proposición ha de ser considerada como carente de significado⁵.

Ahora bien, admitir el principio de verificación abocaba al empirismo a un dilema: bien a afirmar que las proposiciones de la lógica y de la matemática no eran verdades necesarias, bien a entender que éstas no tienen contenido factual o empírico alguno y, pese a ello, demostrar que dichas proposiciones son verdaderas y útiles. El positivismo lógico se decantará por la segunda opción y afirmará que, en efecto, las proposiciones de la lógica y de la matemática no dicen nada sobre ninguna realidad, sino que son analíticas o tautológicas. En este sentido, un juicio analítico es tautológico en cuanto

⁴ Sobre el principio de verificación puede verse J. ECHEVERRÍA, *Introducción a la metodología de la ciencia*, Cátedra, 2ª ed., Madrid, 2003, pp. 25-ss.

⁵ De tal principio de verificación se distinguió un sentido fuerte y uno débil. De acuerdo con el sentido fuerte, una proposición es verificable cuando su verdad puede ser *concluyentemente* establecida por la experiencia. Por su parte, una proposición es verificable en sentido débil cuando es *posible* mediante la experiencia hacerla *probable* (A.J. AYER, *Lenguaje, verdad y lógica*, trad. M. Suárez, Planeta, Barcelona, 1994, pp. 11-18). Aunque el positivismo lógico se adscribiera en un principio al sentido fuerte con posterioridad será el débil el generalmente adoptado como criterio de validez de las proposiciones empíricas. Esto fue debido a que el sentido fuerte era demasiado exigente y excluía a las oraciones que pretendían enunciar leyes generales, puesto que éstas no pueden ser completamente validadas. Por esta razón POPPER tomó la falsabilidad y no la verificabilidad como criterio de demarcación entre lo que es ciencia y lo que no lo es. De esta manera, una generalización es científicamente válida mientras no se falsee, es decir, mientras no se encuentre un contraejemplo que la refute (K. POPPER, *La lógica de la investigación científica*, cit., pp. 75-ss.). R. CARNAP, por su parte, nunca estuvo de acuerdo con el principio de verificación en sentido fuerte y acogió la *confirmabilidad*, más próximo al sentido débil de verificabilidad, como probabilidad o grado de confirmación (*Autobiografía intelectual*, trad. C. Castells, Paidós, Barcelona, 1992, pp. 106-110 y 127-136). Puede verse un estado actual de la cuestión en A. GARCÍA SUÁREZ, "Nuevos problemas y cambios en el criterio empirista de significación", *Teorema*, vol. XVIII núm. 2, 1999, pp. 19-31. El problema de la falsabilidad reside en su admisión de hipótesis válidas del tipo "en un bosque existe un unicornio", ya que no puede ser refutada concluyentemente. Vid. A. GARCÍA SUÁREZ, *Modos de significar. Una introducción telemática a la filosofía del lenguaje*, Tecnos, Madrid, pp. 490-493.

que no ofrece un nuevo conocimiento, no dice nada nuevo de ninguna realidad y por ello ninguna experiencia física puede afirmarla ni refutarla. Aún así – pese a que las proposiciones analíticas no digan nada nuevo sobre ninguna realidad – esto no quiere decir que dichos juicios sean expresiones absurdas, ya que tienen un valor cognitivo: son útiles para el conocimiento al llamar la atención sobre los usos lingüísticos de los que, de otro modo, no se podría ser consciente. Además, disiparían confusiones al revelar ciertas ambigüedades e implicaciones o connotaciones valorativas de determinadas afirmaciones y creencias⁶.

En definitiva, el nuevo empirismo diferenciará entre las proposiciones o juicios analíticos y las proposiciones o juicios sintéticos como únicos objetos de conocimiento teórico⁷. Así, un enunciado es analítico cuando, a tenor de su estructura lógica, del significado de las palabras o de las definiciones de los símbolos que lo componen, es necesariamente verdadero (o necesariamente falso). Por su parte, un enunciado es sintético o empírico cuando su verdad o falsedad está sujeta a la comprobación fáctica del mismo⁸. Por tanto, el valor de verdad de los enunciados analíticos es *a priori* o independiere de la experiencia, mientras que el de los enunciados sintéticos es *a posteriori*, pues depende de observaciones sensoriales⁹.

⁶ Vid. A.J. AYER, *Lenguaje, verdad y lógica*, cit., pp. 23, 69, 78, 82-84 y 88-92; R. CARNAP, *Autobiografía intelectual*, cit., pp. 116 y 117; y H. PUTNAM, “El desplome de la dicotomía hecho/valor”, en *El desplome de la dicotomía hecho/valor y otros ensayos*, trad. F. Forn, Paidós, Barcelona, 2004, p. 22.

⁷ Sin embargo, que haya un criterio para lo analítico fue seriamente puesto en duda por W.V.O. QUINE en “Dos dogmas del empirismo”, en *Desde un punto de vista lógico*, trad. M. Sacristán, Barcelona, Orbis, 1984, pp. 49-70.

⁸ La diferencia entre enunciados analíticos y enunciados sintéticos o empíricos fue introducida por I. KANT en su *Crítica de la razón pura*, trad. M. García Morente y M. Fernández Núñez, Porrúa, 13ª ed., México, 2005, pp. 32-35. No obstante, esta diferenciación fue adelantada por HUME, como se vio más arriba, y anteriormente por G.W. LEIBNIZ con los conceptos de “verdades de razón” y “verdades de hecho”. Las verdades de razonamiento son, a juicio de LEIBNIZ, necesarias y su opuesto es imposible (*Monadología*, trad. M. Fuentes, en *Monadología; Discurso de Metafísica; Profesión de fe del filósofo*, Orbis, Barcelona, 1983, p. 31).

⁹ Véase, entre otros, A.J. AYER, *Lenguaje, verdad y lógica*, cit., p. 90; H. PUTNAM, “El desplome de la dicotomía hecho/valor”, cit., pp. 27 y 28; y en el campo jurídico J.J. MORESO, “Ciencia jurídica y dualismo metodológico”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo VII, 1990, pp. 292-294; y “Prólogo” a M. Narváez, *Wittgenstein y la teoría del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 13; R. GUASTINI, “Bobbio, o de la distinción”, en *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. J. Ferrer, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 59.

La concepción neopositivista dejaba, pues, fuera del ámbito de la ciencia y de las teorías todo tipo de juicio ajeno a lo analítico o a lo sintético. Así, frente a los juicios con valor cognitivo o valor de verdad se encuentran los juicios sin valor cognitivo o sin valor de verdad. Entre estos últimos destacaban los juicios estéticos y, en especial, los de valor. Tales juicios no son ni verdaderos ni falsos, pues no existe ningún criterio para determinar su validez, ni añaden ningún nuevo conocimiento sobre la realidad empírica. Sólo sirven, como mucho, para expresar un hecho acompañado de cierto sentimiento hacia él por parte del hablante y que, en algún sentido, envuelve un mandato al provocar los sentimientos y estimular la acción de otros¹⁰.

La separación de los diferentes tipos de juicios en juicios con valor o sin valor de verdad propició la idea de que sólo los primeros versaban sobre el estado de cosas del mundo o, en una palabra, sobre “hechos”, es decir, sobre el objeto de la ciencia¹¹. Por tanto, la ciencia informa, la ciencia describe, la ciencia explica, la ciencia conoce todo lo que es, pero la ciencia no trata de gustos ni de lo que debe ser. A la ciencia le interesan los hechos, no los valores, la ciencia es descriptiva y no-valorativa. La teoría científica, en definitiva, se mantiene orgullosa y manifiestamente alejada de juicio de valor¹².

Ahora bien, ha de notarse que con la idea de que la ciencia o la teoría están libres de valor o de que se mantienen neutrales desde el punto de vista

¹⁰ A este respecto puede verse A.J. AYER, *Lenguaje, verdad y lógica*, cit., pp. 119 y ss.; y R. CARNAP, *Autobiografía intelectual*, cit., p. 117. Dentro de la filosofía jurídica, véase A. ROSS, “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural”, en *El concepto de validez y otros ensayos*, trad. G.R. Carrió y O. Paschero, Fontamara, 2ª ed., México, 2003, p. 24; y R. GUASTINI, en M. ATIENZA, “Entrevista a Riccardo Guastini”, trad. M. Atienza, *Doxa*, núm. 27, 2004, p. 459.

¹¹ Auguste COMTE había escrito ya en 1844 que “toda proposición que no es estrictamente reducible al simple enunciado de un hecho, particular o general, no puede tener ningún sentido real o inteligible” (A. COMTE, *Discurso sobre el espíritu positivo*, trad. J. Marías, Alianza, Madrid, 1988, p. 54). La subsunción de los enunciados analíticos dentro de la categoría de los “hechos” se debe al paso de la identificación de un “hecho” como algo que corresponde a una impresión sensorial a la consideración de que los términos teóricos sobre los que no hay impresión sensorial, tales como los postulados y los axiomas de las teorías científicas, también son empíricamente significativos. Véase en este punto H. PUTNAM, «El desplome de la dicotomía hecho/valor», cit., pp. 24, 28 y 43-45.

¹² W.V.O. QUINE, *Las raíces de la referencia*, trad. M. Sacristán, *Revista de Occidente*, Madrid, 1977, p. 65. Para un recorrido histórico de la tesis de la neutralidad valorativa puede verse R. N. PROCTOR, *Value-Free Science? Purity and Power in Modern Knowledge*, Harvard University Press, Cambridge, 1991.

valorativo se puede estar afirmando tres tesis muy diferentes¹³. Primera. La tesis de la imparcialidad. Segunda. La tesis de la neutralidad propiamente dicha. Tercera. La tesis de la autonomía. Según la primera tesis, la aceptación de una teoría depende únicamente de juicios epistémicos o cognitivos independientemente de cualquier otra consideración; de manera que más allá de los valores epistémicos no existe un papel adecuado para otro tipo de valores (morales, por ejemplo) en la evaluación de la solidez de los conocimientos científicos. De acuerdo con la segunda, las teorías producen un cuerpo de conocimiento que es *neutral* respecto de perspectivas de valor opuestas, de manera que no favorecen las pretensiones o intereses de una concreta perspectiva de valor. Bajo la tercera tesis, por último, sólo los científicos deben decidir qué investigar y cómo hacerlo. Pues bien, durante estas líneas, se defenderá, pues, la tesis de la imparcialidad y, en cierto sentido, la de la neutralidad, teniendo en cuenta en este último caso que las teorías pueden favorecer o estar al servicio de ciertos valores, como el progreso o la verdad, no compartidos por todas las diferentes perspectivas de valor¹⁴. De esta manera, se sostendrá que la formulación de la teoría del Derecho ni favorece ni está al servicio de ningún sistema de valores más allá de los puramente epistémicos o metodológicos y que los resultados de la misma únicamente pueden enjuiciarse de acuerdo a criterios de éxito basados en razones científicas o de evidencia sensible¹⁵.

En orden a defender tal tesis, se abordará, en primer lugar, el significado de su formulación clásica en la teoría del Derecho de los siglos XIX y XX. En segundo lugar, se atenderá a las críticas hacia dicha formulación clásica que tienen como punto de mira el papel de los denominados valores epistémicos. En último lugar, centrándose en la actual discusión en el seno de la teoría jurídica, se acometerá el rol de los llamados valores prácticos y la cuestión de si es posible o no seguir manteniendo la tesis de que la teoría del Derecho puede quedar libre de valores morales y políticos.

¹³ H. LACEY, *Is Science Value Free?*, Routledge, London, 1999, pp. 67-ss.

¹⁴ Como considera LACEY, la autonomía no puede mantenerse, la imparcialidad no sólo sigue siendo defendible sino que debe ser un valor obligatorio de las prácticas científicas, mientras que la neutralidad puede seguir manteniéndose siempre que se tenga en cuenta que la formulación de las teorías ha de ser compatible al menos con alguna perspectiva de valor. Vid. H. LACEY, *Is Science Value Free?*, cit., pp. 250-252.

¹⁵ Los criterios de éxito de las propuestas normativas sobre el Derecho, por su parte, se fundamentan en argumentos morales o políticos. Sobre ambos tipos de criterios de éxito puede verse, entre otros, B. BIX, "Joseph Raz and Conceptual Analysis", *The American Philosophical Association Newsletter on Philosophy and Law*, vol. 6, núm. 2, 2007, pp. 4-5.



2. LA FORMULACIÓN DE LA TESIS DE LA NEUTRALIDAD VALORATIVA EN LA TEORÍA DEL DERECHO

Desde el siglo XIX, en el ámbito de la Jurisprudencia analítica inglesa, se ha venido diferenciando entre dos ámbitos de estudio del Derecho muy diferentes. Jeremy Bentham distinguía, así, la “Jurisprudencia expositiva” de la “Jurisprudencia censoria”. El objetivo de la primera consiste en exponer o explicar el Derecho tal y como es, mientras que la tarea de la segunda se centraba en la crítica jurídica, es decir, ocuparse del Derecho tal y como *debía ser*¹⁶. La dicotomía de Bentham implicaba, pues, dos puntos de vista diferentes desde los que acercarse al fenómeno jurídico, el punto de vista explicativo o descriptivo y el punto de vista crítico o prescriptivo. Pero, además, suponía la aplicación al Derecho de la distinción “ser/debe” o de la denominada “ley de Hume”, pues tal distinción tiene su origen en David Hume, de acuerdo con el cual no se puede deducir lógicamente el deber ser del ser ni, por tanto, un juicio de valor de un juicio de hecho¹⁷.

Desde Hume la dicotomía ser-debe ha servido como base para otras cuatro dicotomías. En primer lugar, desde un plano metodológico, se ha usado para distinguir las teorías descriptivas (el ser) de las teorías normativas (el deber)¹⁸. En segundo lugar, desde una perspectiva ontológica, se ha empleado para diferenciar entre los hechos (el ser) y los valores (el deber). En tercer lugar, ahora desde un plano semántico, se ha distinguido entre las proposiciones descriptivas (el ser) y las proposiciones prescriptivas (el deber). En cuarto y último lugar, la dicotomía entre el ser y el deber se ha utilizado para hacer referencia a la distinción entre el Derecho positivo (al Derecho que es) y el Derecho natural, ideal o correcto (el Derecho que debe ser)¹⁹.

El testigo de Bentham fue recogido por su discípulo John Austin, quien siguió admitiendo un modo o punto de vista descriptivo de acercarse al Derecho, propio de la Jurisprudencia, y otro prescriptivo, normativo, crítico,

¹⁶ J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, en J.H. BURNS y H.L.A. HART (eds.), *The Collected Works of Jeremy Bentham*, Oxford University Press, New York, 1996, pp. 293 y 294.

¹⁷ D. HUME, *Tratado de la naturaleza humana*, trad. F. Duque, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 689-690. G.E. MOORE, por su parte, hablará de la falacia naturalista para referirse al error de aquellos filósofos que identifican lo “bueno” con lo “natural” (*Principia Ethica*, trad. M^a Vázquez Guisán, Crítica, Barcelona, 2002, p. 33).

¹⁸ J. DICKSON, *Evaluación en la teoría del Derecho*, trad. J. Vega, UNAM, México, 2006, p. 5.

¹⁹ R. HERNÁNDEZ MARÍN, *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Marcial Pons, 2^a ed., Madrid, 2002, p. 217.

moral o político llevado a cabo por la Ciencia de la legislación. Mientras la primera estudiaba el Derecho positivo, el establecido en una sociedad, la segunda tenía como objeto no el Derecho que *es*, sino el Derecho según *debía ser*²⁰. De esta manera es posible comprender que «la existencia del Derecho es una cosa; su mérito o demérito otra», ya que «las más perniciosas leyes, y por consiguiente aquellas que son más opuestas al testamento de Dios, han sido y son continuamente aplicadas como leyes por los tribunales de justicia»²¹.

La tradición analítica inglesa, y en especial la de Austin, fue continuada por otros muchos autores ya en el siglo XX, tales como Hans Kelsen, Herbert Hart, Norberto Bobbio o Joseph Raz por citar algunos nombres que, por otro lado, se enmarcan dentro del positivismo jurídico. Kelsen, quien considera que el único propósito de su teoría *pura*, como tal teoría, es conocer su objeto, preguntarse por el ser del Derecho y rehusar juzgar axiológicamente el Derecho positivo²². Hart, por su parte, entiende que su explicación del Derecho es descriptiva en el sentido de que es moralmente neutral y no tiene ningún propósito justificativo: «no busca justificar o recomendar en fundamentos morales, o en otros, las formas o estructuras que aparecen en mi descripción general del derecho»²³. Bobbio considera que la actitud metodológica que tiene el positivismo hacia el Derecho consiste en realizar juicios de hecho o descriptivos y no de valor, es decir, juicios libres de valor o avalorativos. En este sentido, califica a dicha actitud de *científica* y le reservaba el estudio del Derecho tal y como es, a diferencia de otros acercamientos que se ocupan del Derecho tal y como debería ser²⁴. Y, cerrando este breve e incompleto repaso histórico, Raz considera que siempre ha estado presente en

²⁰ J. AUSTIN, *Sobre la utilidad del estudio de la Jurisprudencia*, trad. F. González Vicén, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981, pp. 23-ss.

²¹ J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, Hackett Publishing Company, Indianápolis/Cambridge, 1998, pp. 184-185.

²² H. KELSEN, "The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, vol. 55, 1941-1942, p. 44; y *Teoría pura del Derecho* (2ª ed., 1960), trad. R.J. Vernengo, Porrúa, 12ª ed., México, 2002, pp. 15 y 121.

²³ H.L.A. HART, *Post Scriptum al Concepto del Derecho* (1994), editado por P.A. Bulloch y J. Raz, trad. R. Tamayo, UNAM, México, 2000, pp. 11 y 12. Este trabajo vio la luz por primera vez como un *Postscript* a la segunda edición de *The Concept of Law* en 1994.

²⁴ N. BOBBIO, *El positivismo jurídico*, trad. R. de Asís y A. Greppi, Debate, 1993. 145-147; y *El problema del positivismo jurídico*, trad. E. Garzón Valdés, Fontamara, México, 2004, pp. 41-42.

la base del pensamiento positivista la tesis de separar nítidamente la descripción del Derecho en términos evaluativamente neutros de su evaluación, positiva o negativa²⁵.

Las pretensiones de mantener la teoría del Derecho alejada de juicios de valor se sostiene sobre las mismas bases que la metodología de las Ciencias Sociales de Max Weber²⁶: 1. La ciencia se limita a cómo *son* las cosas y no a cómo *deben ser*²⁷. 2. Las Ciencias sociales tienen como objeto de estudio acciones de seres humanos con ciertos valores. Mas una cosa es la referencia a valores humanos que tiene que realizar el científico y otra muy distinta el uso de ideas o juicios de valor en la investigación científica. Admitir la interferencia de juicios de valor, que poseen una naturaleza subjetiva, representa una amenaza para la objetividad de la ciencia²⁸. Amenaza que puede manifestarse, por ejemplo, en una selección partidaria de los datos. 3. El uso de juicios de valor por parte del científico, aprovechándose de su posición de autoridad para difundir sus propios valores en el contenido de su trabajo de investigación o de docencia, supone una intromisión en la libertad de conciencia de sus colegas o de sus alumnos²⁹. Por estas razones, la ciencia o “las problemáticas de las disciplinas empíricas han de recibir una respuesta a su vez *libre de valores*, pues no se trata de *problemas de valor*”³⁰.

²⁵ J. RAZ, *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y moral*, trad. R. Tamayo, UNAM, 2ª ed., México, 1985, pp. 58-61.

²⁶ Vid. E. AGAZZI, “El giro histórico sobre los valores en la ciencia: valores éticos en la empresa científico-tecnológica: de la ciencia como ‘value-free’ al compromiso ético de la ciencia y la tecnología”, *Arbor: Ciencia, pensamiento y cultura*, núm. 638, 1999, p. 182.

²⁷ Ya Émile DURKHEIM había considerado que los hechos sociales son cosas. Véase, E. DURKHEIM, *Las reglas del método sociológico*, trad. E. de Champourcin, Fondo de Cultura Económica, México, 1986, pp. 53-ss.

²⁸ La naturaleza subjetiva de los juicios de valor había quedado asentada ya por I. KANT (*Crítica de la razón práctica*, trad. R.R. Aramayo, Madrid, Alianza, 2000, p. 77).

²⁹ Por ello se ha de realizar la exigencia según la cual «el investigador y el profesor han de hacer necesariamente la distinción entre la comprobación de hechos empíricos (inclusive el comportamiento “valorador” de los seres humanos subjetivos que estudia) y su propia toma de posición valoradora que enjuicia los hechos (inclusive las eventuales “valoraciones” de los seres empíricos estudiados por él), en tanto que los considere como deseables o indeseables, y adopta en este sentido una actitud “valoradora”» (M. WEBER, “El sentido de la “libertad de valoración” en las ciencias sociológicas y económicas”, en *Sobre la teoría de las ciencias sociales*, cit., p. 106).

³⁰ M. WEBER, “Los juicios de valor en ciencia social”, en *La acción social: ensayos metodológicos*, trad. S. Giner y M. Faber-Kaiser, Península, Madrid, 1984, p. 76.

Estos presupuestos metodológicos delimitan que los objetivos descriptivos de la teoría jurídica se desplieguen, pues, sobre dos esferas: qué hace que a un conjunto de hechos se le llame Derecho (existencia del sistema o del orden jurídico) y qué hace que a unas normas se las denomine normas jurídicas (existencia o validez de las normas). En este sentido, los juicios o las proposiciones de los teóricos son de hecho, sobre existencia, sobre qué es el Derecho y tratan de explicarlo, describirlo, conocerlo o diferenciarlo. Sin embargo, ante este panorama resulta necesario realizar dos precisiones.

Como primera precisión, se debe recalcar que lo que interesa no es todo lo que existe en relación con el Derecho (cómo se comportan las personas, qué consecuencias tiene sobre la economía o la sociedad, qué consecuencias morales conlleva determinado Derecho o una concreta norma jurídica), sino la propia existencia del Derecho. Lo imprescindible de la teoría es, pues, el conjunto de hechos que forman aquello que se llama Derecho.

Como segunda precisión, la misión de la teoría del Derecho no es únicamente la descripción de hechos tal cual, sino también la de conceptos (como el propio de "Derecho", el de "norma jurídica" o el de "sistema jurídico"), mas de conceptos que se refieren a una parcela de la realidad, compuesta de hechos (y objetos).

Sea como sea, la pretensión de una teoría del Derecho es la realización de juicios de hecho que tienen como misión comprender e informar de la realidad (en este caso de la realidad jurídica) y no la de juicios de valor, los cuales implican "una toma de posición frente a la realidad" destinada no a informar, sino a influir sobre algo o alguien³¹. En definitiva, lo que sea el Derecho implica necesariamente que la explicación sea moral o axiológicamente neutral, es decir, (1) por un lado, que no haya una toma de posición o una recomendación respecto a la conveniencia moral o política de la realidad jurídica y, por otro, (2) que no haya un compromiso, en dicha descripción, con opción política o moral alguna³².

Partiendo de las premisas anteriormente vistas, se utiliza la expresión «teoría del Derecho» en un sentido restringido. Según éste, la teoría del Derecho se reduce a la investigación sobre el concepto de Derecho (y otros

³¹ N. BOBBIO, *El positivismo jurídico*, cit., p. 145.

³² Por esta razón, el fin del positivismo jurídico (y también su límite) es "describir, interpretar, comprender una realidad, no recomendar esta o aquella solución como mejor que otra". El ámbito de la toma de decisiones en la práctica jurídica excede el papel del jurista positivista. Véase, ahora, N. BOBBIO, *El problema del positivismo jurídico*, cit., p. 47.

conceptos jurídicos fundamentales), sobre su naturaleza o sobre la forma de identificarlos³³. En definitiva, sobre lo que se ha venido en denominar “teoría de la identificación jurídica”: qué es y qué no es Derecho (límites de lo jurídico), cómo se identifica o cómo se estructuran sus fuentes y normas jurídicas. Frente a ella se sitúa la “teoría de la aplicación jurídica”, que se ocupa de la práctica de los tribunales y de otros órganos aplicadores del Derecho³⁴.

La reducción a la teoría de la identificación se debe a que, en ocasiones, se considera completa una teoría de la aplicación no sólo cuando se explican las convenciones, prácticas o técnicas interpretativas, la forma en que los operadores jurídicos argumentan y la manera en que resuelven los casos que ante ellos llegan y se enfrentan a problemas de indeterminación del Derecho (teorías de la interpretación, de la argumentación, de la decisión jurídica), sino cuando —además— se prescribe, aconseja u orienta la forma de decidir; tareas éstas en las que la teoría del Derecho no tendría nada que decir³⁵. Aun

³³ Hacen uso de este sentido restringido de la expresión “teoría del Derecho”, entre otros, J. RAZ, “¿Puede haber una teoría del Derecho?”, trad. R. Sánchez Brígido, en *Una discusión sobre la teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 47 y 48; B. BIX, “Algunas reflexiones sobre metodología en teoría del derecho”, trad. P. Navarro, *Doxa*, núm. 26, 2003, nota 2, p. 609.; R. GUASTINI, en M. ATIENZA, “Entrevista a Ricardo Guastini”, cit., pp. 459 y 460; y LEITER, B., “Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered”, *Ethics*, núm. 111, 2001, p. 285. Usar este sentido restringido no implica, como manifiesta RAZ, negar el título “teoría del Derecho” a otro tipo de investigaciones; tal uso es, simplemente, una cuestión de conveniencia terminológica.

³⁴ Son muchos los autores que han diferenciado entre una teoría de la identificación y una teoría de la aplicación del Derecho. Así, entre otros, J. RAZ, “El problema de la naturaleza del derecho”, trad. R. Tamayo, *Isonomía*, núm. 3, 1995, pp. 150 y 151; M. KRAMER, *In Defense of Legal Positivism. Law witt out Trimmings*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 114; T. SPAAK, “Legal Positivism and the Objectivity of Law”, *Analisi e diritto*, 2004, pp. 253 y ss.; E. BULYIGIN, “¿Está (parte de) la filosofía del derecho basada en un error?”, *Doxa*, núm. 27, 2004, pp. 23-26; y *El positivismo jurídico*, cit., pp.104 y 107; J.J. MORESO, “El positivismo jurídico y la aplicación del Derecho”, *Doxa*, núm. 27, 2004, pp. 46-48; o R. ESCUDERO, “Arguments against inclusive legal positivism”, en J.J. MORESO (ed.), *Legal Theory, Proceedings of the 22nd IVR World Congress, Granada, 2005, vol. I, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beihefte núm. 106, 2007, p. 46. Por su parte, C. DAHLMAN habla de una teoría del reconocimiento epistémico y una teoría del reconocimiento aplicativo (“Adjudicative and Epistemic Recognition”, *Analisi e diritto*, 2004, pp. 230-233).

³⁵ Tal vez por ello BULYIGIN afirme que la teoría jurídica no tiene respuesta para el problema de la aplicación del Derecho (“¿Está (parte de) la filosofía del derecho basada en un error?”, cit., p. 23).

así, ambas teorías —la de la identificación y la de la aplicación— tienen muchas e importantes conexiones siempre que ambas sean o intenten ser teorías explicativas o descriptivas acerca del fenómeno jurídico. La teoría de la identificación explica las condiciones que, de cumplirse, confirmarían la existencia de un orden jurídico y de los elementos que lo componen. La teoría de la aplicación, por su parte, explica las convenciones, prácticas o técnicas interpretativas, la forma en que los operadores jurídicos argumentan y la manera en que resuelven los casos que ante ellos llegan y se enfrentan a problemas de indeterminación del Derecho. De esta manera, se podrían exponer los criterios de interpretación, pero no cuál de entre todos ellos se debe escoger³⁶. Se podrían explicar los tipos de argumentación o cómo realmente se argumenta, pero no cómo se debe argumentar y resolver³⁷. En definitiva, se puede explicar cómo los jueces aplican, pero no si deben (moralmente) aplicar³⁸. Profundizar en estas cuestiones no sólo involucraría evitar toda prescripción, sino que en muchos casos revelaría que los operadores jurídicos a la hora de decidir un caso no sólo utilizan el material jurídicamente identificado ni lo hacen por meras razones jurídicas.

³⁶ Pues, como señala KRAMER, el positivismo jurídico no prescribe ningún método de interpretación, ni siquiera el del tenor literal (M. KRAMER, *In Defense of Legal Positivism*, cit., p. 114); y KELSEN considera que “no existe ningún método —caracterizado jurídico-positivamente— según el cual uno entre los varios significados lingüísticos de una norma pueda ser designado como el ‘correcto’” (H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 352). Lo mismo ocurre con las diferentes soluciones a las posibles lagunas y antinomias.

³⁷ Por ejemplo, ROSS entiende que el positivismo jurídico no tiene nada que decir respecto de la obligación moral de obedecer o desobedecer el Derecho, ya que tal cosa pertenece a la filosofía moral (A. ROSS, “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural”, cit., p. 19). En sentido similar véase J.A. GARCÍA AMADO, “Positivismo jurídico y obediencia al Derecho”, en *Ensayos de Filosofía jurídica*, Temis, Bogotá, 2003, p. 284. Por su parte, MARMOR afirma que el positivismo jurídico no es una teoría sobre el deber moral de los jueces, dado que ésta es una cuestión moral que sólo puede basarse en razones morales. Véase, A. MARMOR, “Legal Positivism. Still Descriptive and Morally Neutral”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, núm. 4, 2006, pp. 688 y 689. Por su parte, BULYGIN es aún más restrictivo, en cuanto que elimina esta cuestión no sólo del campo del positivismo jurídico sino de toda la filosofía del Derecho. Vid. E. BULYGIN, “¿Está (parte de) la filosofía del derecho basada en un error?”, cit., pp. 16 y 17 y *El positivismo jurídico*, cit., pp. 96 y 97.

³⁸ Algunas razones por las cuales la teoría del Derecho tendría poco que decir respecto de la teoría de la aplicación, especialmente en la aplicación del Derecho injusto, pueden verse en E. BULYGIN, “¿Está (parte de) la filosofía del derecho basada en un error?”, cit., pp. 23-26; y J.J. MORESO, “El positivismo jurídico y la aplicación del Derecho”, cit., pp. 48-51.



En definitiva, la teoría de la aplicación jurídica puede ser una pieza de la teoría del Derecho sólo si parte de los mismos presupuestos metodológicos que la teoría de la identificación. Es decir, siempre que pueda realizarse una teoría general y descriptiva de la aplicación, la interpretación y la decisión jurídica. Así concebida, ésta sería en cierto modo una prolongación de la teoría de la identificación y, por ende, formaría parte de la teoría del Derecho.

Para finalizar este segundo epígrafe cabría reconstruirse una primera versión de la tesis de la neutralidad valorativa en la teoría del Derecho, que afirmarí­a: la teoría del Derecho, en su papel explicativo del fenómeno jurídico, no incluye juicios de valor de ninguna clase.

3. LA TESIS DE LA NEUTRALIDAD VALORATIVA Y LA CUESTIÓN DE LOS VALORES EPISTÉMICOS

Hasta ahora se ha señalado que el objetivo de las ciencias y de la teoría del Derecho es describir hechos del mundo, pero también que las proposiciones científicas o teóricas tienen o pretenden tener un valor de verdad, esto es, pueden ser calificadas de verdaderas o falsas. Lo cierto es que el mero hecho de aceptar la verdad como un valor de las proposiciones teóricas convierte, de pronto y cuanto menos, en inexacta la tesis de la neutralidad valorativa en su primera versión.

Los propios seguidores de la neutralidad valorativa han reconocido que la investigación científica no ha de alejarse de cualquier valor, sino de las “valoraciones prácticas y de hechos sociales que se consideran prácticamente como deseables o indeseables por razones éticas, culturales o de otro tipo”³⁹. Mas existen otro tipo de valoraciones, por las que se juzgan no ya las prácticas sociales, sino las propias prácticas científicas; valoraciones que sirven para justificar como valiosos los resultados del quehacer científico desde el punto de vista de la lógica o del interés propiamente científico⁴⁰. Tales

³⁹ M. WEBER, “Los juicios de valor en ciencias sociales”, cit., p. 61.

⁴⁰ M. WEBER, “Los juicios de valor en ciencias sociales”, cit., p. 77. Como ha señalado M.G. LOSANO, hasta la más positivista de las teorías iuspositivistas presenta proposiciones prescriptivas, aunque no del Derecho, sino del sistema científico del Derecho, tales como las reglas lógicas, que deben aplicarse para constituir en sistema su teoría del Derecho (M.G. LOSANO, “Sulla presenza di un linguaggio ora descrittivo ora prescrittivo nella dottrina pura del diritto”, *Materiali per una storia della cultura giuridica. Momenti e figure della teoria generale del diritto*, vol. VIII núm. 1, pp. 211-219).

valoraciones se ven como *virtudes* de las propias hipótesis o teorías científicas y entre ellas destacarían la simplicidad, la generalidad, la modestia, etc.⁴¹ Tales valoraciones o virtudes son diferentes a la mera descripción fáctica, pero están presentes en las ciencias y en las teorías o los científicos asumen que deben estar presentes o, al menos, deben ser intentados en sus investigaciones. Se trataría de los llamados valores epistémicos, cognitivos o meta-teóricos, es decir, de cualidades estimables en todo conocimiento o en toda descripción tales como la ordenación de los datos, la sistematicidad, la claridad, la certeza, la plausibilidad, el potencial explicativo, la coherencia, etc. Si esto es así, ya no se puede afirmar que las ciencias o las teorías están libres de valoración o que son libres de valor⁴². Los valores epistémicos son muy variados y cada autor o corriente ha apuntado unos cuantos, lo cual determina no sólo su pluralidad, sino su posibilidad de cambio. Piénsese en el valor de certeza o de verdad. En un principio, se exigía una verificación absoluta o cierta. Con el tiempo, la verificación se limitó a lo probable.

No obstante, todavía serviría diferenciar entre, por un lado, estos valores epistémicos sin los cuales no podría la ciencia alcanzar sus fines últimos, de tal manera que se trataría de *valores internos* o propios de la racionalidad científica o teórica y, por otro, los valores externos a la ciencia o valores prácticos, entre los que destacarían los valores morales o políticos, pertinentes sólo en el momento de decidir qué se investiga más urgentemente o cómo se utilizan los resultados de la investigación⁴³. Los valores prácticos conciernen al ámbito de la racionalidad práctica, es decir, son valores relacionados con la forma de actuar de las personas no frente a un problema teórico, sino frente a un problema práctico de conducta (*v.gr.*, cómo comportarse respecto de otras personas o ante las normas, si prestar obediencia o no a un poder político, etc.)⁴⁴.

⁴¹ Véase W.V.O. QUINE y J.S. ULLIAN, *The Web of Belief*, Random House, New York, 1978, pp. 60-ss.

⁴² H. PUTNAM, *El desplome de la dicotomía hecho/valor*, cit., pp. 45-49.

⁴³ Véase, ahora, F.J. RODRÍGUEZ ALCÁZAR, "Esencialismo y neutralidad científica", en F.J. RODRÍGUEZ ALCÁZAR, R.M. MEDINA DOMÉNECH y J. SÁNCHEZ CAZORLA (eds.), *Ciencia, tecnología y sociedad: contribuciones para una cultura de la paz*, Universidad de Granada-Instituto de la Paz y los Conflictos, Granada, 1997, pp. 59-61.

⁴⁴ B. LEITER, *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 168.

Así las cosas, se ha esgrimido que las teorías que pretenden ser descriptivas no se pueden calificar como teorías libres de valoración, sino tan sólo como teorías *relativamente* libres de valoración. Dicha afirmación implicaría, entonces, el desplome de la dicotomía entre el ser y el debe al menos en el plano metodológico⁴⁵.

La senda de la imbricación de toda teoría con unos valores es la seguida por algunos filósofos del Derecho para considerar que la teoría del Derecho implica siempre una empresa valorativa y, por ende, la imposibilidad de una *pura* teoría descriptiva del Derecho. Se arguye aquí la necesidad de que el teórico realice y tenga en cuenta el tipo de razonamientos propios de la llamada racionalidad práctica, es decir, aquellos que tienen que ver con cómo se debe actuar. De esta manera, tanto la pretensión de realizar una teoría descriptiva del Derecho como la persistencia en la dicotomía entre el ser y el debe son, por tanto, imposibles. Se afirma así que una teoría descriptiva es irrealizable porque su objeto —el Derecho— está constituido por acciones humanas, prácticas, hábitos, actitudes, creencias y, en definitiva, por un conjunto de rasgos de la vida social que el teórico sólo puede comprender de manera íntegra tanto seleccionando lo importante y significativo como captando e interpretando su objetivo, fin o valor. Todo ello supone una tarea eminentemente normativa y no sólo descriptiva, ya que requiere necesariamente que el teórico realice juicios de valor y no meros juicios descriptivos⁴⁶.

Los valores, pues, estarían involucrados en la tarea teórica en dos momentos distintos. En un primer momento, el teórico necesitaría de valores para seleccionar lo importante y significativo del conjunto de hechos y prácticas sociales que pueden fundamentar el Derecho. En un segundo momento, los valores se hacen imprescindibles para captar la función o el fin del Derecho, cosa necesaria para una correcta explicación del fenómeno jurídico. Es cierto que la relevancia de los hechos para el Derecho depende, según esta crítica, de cuál sea la función del mismo, de manera que lo que puede resultar significativo para alcanzar un fin puede no serlo para lograr otro

⁴⁵ Así ha sido defendido por J. DICKSON en *Evaluación en la teoría del Derecho*, cit., pp. 42-44.

⁴⁶ Vid. R. DWORKIN, *La justicia con toga*, trad. M. Iglesias e I. Ortiz de Urbina, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 164; J. FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, trad. C. Orrego, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, pp. 37-38; S. PERRY, "Interpretation and Methodology in Legal Theory", en A. MARMOR (ed.), *Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy*, Clarendon, Oxford, 1995, p. 121 y ss.; y G. POSTEMA, "Jurisprudence as Practical Philosophy", *Legal Theory*, núm. 4, 1998, p. 333.

objetivo diferente. No obstante, tengo serias dudas de que la naturaleza del Derecho o la definición de lo que el Derecho sea requiera la inclusión de elementos finalistas o funcionalistas.

Piénsese en un concepto de Derecho como conjunto de normas que emanan de autoridades competentes. Si eso es Derecho resulta indiferente el objetivo que persigan. Como señala Bobbio, «la mentalidad que el positivismo jurídico rechaza es la de quien incluye en la definición del derecho elementos finalistas; por ejemplo: la obtención del bien común, la actuación de la justicia, la protección de los derechos de libertad, la promoción del bienestar, y que debido a esta inclusión está luego obligado —si quiere ser coherente (pero afortunadamente a menudo los antipositivistas no lo son)— a rechazar como no jurídicas aquellas normas que no obstante emanar de los órganos competentes, de acuerdo con los procedimientos establecidos, no sirven para obtener el bien común, para actuar la justicia, para garantizar la libertad, para promover el bienestar»⁴⁷. Condicionar la existencia del Derecho a que éste sea eficaz o sirva, por ejemplo, como herramienta de control social representaría importar una de las ideas básicas del iusnaturalismo como es la de introducir en el concepto del Derecho elementos teleológicos. De tal manera que se podría afirmar que la existencia del Derecho es una cosa y su función o su eficacia otra⁴⁸.

La necesidad del elemento funcional para ofrecer un concepto de Derecho se vuelve más débil cuando se define conceptualmente tal elemento funcionalista. En este sentido se ha considerado que afirmar que algún tipo de entidad k tiene una función conceptual f solamente es afirmar que algo o alguien debe ser capaz de llevar a cabo f para contar como una k ⁴⁹. De tal forma que la tesis conceptual funcionalista del Derecho es verdadera siempre que haya alguien que sea capaz de llevar a cabo tal función, aunque ésta no se cumpla efectivamente. Sin embargo, a mi juicio este argumento no parece muy convincente en cuanto que no atribuye *necesariamente* al Derecho que

⁴⁷ N. BOBBIO, *El problema del positivismo jurídico*, cit., p. 42. Por ello, “es inexacto considerar incompleta la definición iuspositivista basada únicamente en el requisito de validez” (*El positivismo jurídico*, cit., p. 152).

⁴⁸ Para una profundización de esta explicación véase B. TAMANAHA, “Socio-Legal Positivism and a General Jurisprudence”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 21, núm. 1, 2001, pp. 9-13 y 20; y *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 133-170.

⁴⁹ Vid. K.E. HIMMA, “Do Philosophy and Sociology Mix? A Non-Essentialist Socio-Legal Positivist Analysis of the Concept of Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24, núm. 4, 2004, p. 731.

éste cumpla con su función (sea cual fuere), sino únicamente la *posibilidad* de cumplir con ella. Se podría decir, entonces, que el Derecho lo es mientras pueda ser eficaz y deja de ser Derecho si no puede ser eficaz. Imagínese un sistema de normas que, a día de hoy, no pueda ser eficaz. Esto no significa que dentro de un año el mismo sistema pueda ser eficaz. Por tanto, el sistema que hoy no puede ser eficaz es, potencialmente, eficaz. Según el argumento mencionado, el sistema normativo ineficaz en la actualidad podría ser en el futuro un sistema jurídico (sistema normativo eficaz), puesto que en ningún momento pierde su posibilidad de eficacia. De ser esto así, la conclusión parece obvia: todo sistema normativo tendría una posibilidad de eficacia y, por ende, todo sistema normativo sería un sistema jurídico; y ello con independencia de su eficacia o ineficacia real, presente o futura.

Cosa diferente es que para comprender completamente el concepto de Derecho haya que explicar la función que desempeña o trata de desempeñar en un momento y lugar determinados aquella institución, al igual que por ejemplo para comprender bien el concepto de “tijeras” haya que explicar su función⁵⁰. Pero el Derecho y las tijeras no tienen una única función y ni mucho menos dejan de existir por no cumplir “su” función, teniendo en cuenta que en un futuro siempre podrán cumplir ésta u otras funciones⁵¹. El Derecho no deja de ser Derecho aunque no se obedezca o se aplique, del mismo modo que las tijeras no dejan de ser tijeras aunque no se utilicen para cortar⁵².

⁵⁰ En este sentido, P. SOPER también ha diferenciado entre el concepto y la función del Derecho, aunque afirme que para comprender bien el Derecho haya que conectar ambos elementos: concepto y función (*Una teoría del Derecho*, trad. R. Caracciolo y S. Vera, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 161). Sobre que el concepto de Derecho integra necesariamente el elemento funcional puede verse R. DE ASÍS, “Sobre los rasgos de lo jurídico”, en VV.AA., *El Derecho en red. Estudios en Homenaje al Profesor Mario G. Losano*, Dykinson, Madrid, 2006., nota 10, pp. 637 y 638.

⁵¹ Se utiliza aquí el ejemplo de las tijeras pues es el que emplea HIMMA en comparación con el Derecho para evidenciar que la posibilidad de llevar a cabo sus funciones son tesis conceptuales acerca de la naturaleza misma del Derecho y de las tijeras. Véase esta comparación en K.E. HIMMA, “Do Philosophy and Sociology Mix? A Non-Essentialist Socio-Legal Positivist Analysis of the Concept of Law”, cit., p. 732.

⁵² En ocasiones es el propio Derecho el que rehúsa su propia eficacia y se interesa no de que sus normas se cumplan o apliquen, sino del símbolo de poder que supone la mera creación y existencia de normas jurídicas. Como ha señalado M. GARCÍA VILLEGAS: “en el ordenamiento jurídico existen normas que son creadas con el único objetivo de ser promulgadas, de ser enunciadas, y no con el de ser aplicadas. El poder del Derecho es el poder de decir el Derecho” (*La eficacia simbólica del Derecho: examen de situaciones colombianas*, Uniandes, Bogotá, 1993, p. 239).

Dejando para más adelante la cuestión de la selección de la función o del valor del Derecho y centrándose en la selección de los datos relevantes para su concepto se ha considerado que, ante la multitud de prácticas, acciones y datos que han configurado el fenómeno jurídico a lo largo de la historia y en los diferentes lugares del mundo, tal vez lo único que pudiera elaborarse no sería un concepto, sino una simple – aunque extensa – lista general de esos datos que en todo espacio y tiempo han caracterizado el Derecho. La extensión de tal lista, debido a la cantidad ingente de rasgos del concepto, podría ser tan interminable que en todo caso requeriría para su hipotética elaboración algún criterio o principio de sistematización. Para llevar a cabo este proceso de sistematización tendría que realizarse algún juicio de valor sobre la forma de seleccionar y organizar los datos objeto de la descripción. Así, hasta una simple lista “descriptiva” – cuánto más un concepto – conllevaría una empresa evaluativa⁵³. En este sentido, toda teoría presupondría unos valores y, por ello, recurriría a juicios normativos.

Ahora bien, estos valores que toda teoría debe presuponer para poder ordenar mejor sus datos y contribuir así a una exacta o mejor claridad y descripción de su objeto no serían más que valores epistémicos, cosa que no ha supuesto mayor inconveniente para muchos de los teóricos descriptivos del Derecho. Considerar que toda teoría descriptiva es normativa o evaluativa en este sentido no implicaría problema alguno⁵⁴; aunque considerar que la introducción de valores epistémicos como factor que elimina la posibilidad de hablar de teorías descriptivas conduciría precisamente a frustrar el fin u objetivo de algunos de esos valores. En efecto, parece que el potencial aclaratorio que representa la división de los saberes y su visión racional del mundo fracasaría si se afirmara que, por ejemplo, tanto los resultados teóri-

⁵³ Vid. J. FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, cit., pp. 37-38; F. SCHAUER, “Positivism as Pariah”, en R.P. GEORGE (ed.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 32-33; y R. DWORKIN, *La justicia con toga* cit., p. 171.

⁵⁴ H.L.A. HART, “Comment on Ronald Dworkin, ‘Legal Theory and the Problem of Sense’”, en R. GAVISON (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy: The Influence of HLA Hart*, Clarendon, Oxford, 1987, p. 39; W. WALUCHOW, *Positivismo jurídico incluyente*, trad. M. S. Gil y R. Tesone, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 31-44; A. MARMOR, *Positive Law and Objective Values*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 153-159; B. LEITER, *Naturalizing Jurisprudence*, cit., pp. 168-175; M. KRAMER, *Where Law and Morality Meet*, Oxford University Press, New York, 2004, p. 236; y E. BULYGIN, “Raz y la teoría del Derecho. Comentarios sobre ‘¿Puede haber una teoría del Derecho?’ de Joseph Raz”, trad. H. Bouvier, en J. RAZ, R. ALEXY, y E. BULYGIN, *Una discusión sobre la teoría del Derecho*, cit., pp. 108 y 109.

cos de las investigaciones sobre la composición salínica del agua de los diferentes mares y océanos como los estudios acerca del comportamiento debido de los jueces ante una ley injusta tienen, ambos, un cariz normativo.

Por otra parte, la evaluación necesaria para seleccionar los rasgos esenciales del concepto de Derecho, incluso su función, no tiene que ser realizada por el teórico, sino que basta con atender a los propios juicios evaluativos de los participantes en la práctica social a través de criterios epistémicos puros. Ejemplos de éstos serían el uso estadísticamente normal (como lo que la mayoría de la gente considera que es un rasgo del Derecho) o la utilización de evidencias empíricas (como la existencia de tribunales, prisiones, etc.)⁵⁵. Además, en la evaluación que haya de hacer el teórico – suponiendo que tuviera que hacerla – afirmar que un rasgo es importante no equivale a decir que es bueno. Tales juicios evaluativos no son juicios sobre los méritos morales de algo⁵⁶. Pueden tratarse, por ejemplo, de una importancia cuantitativa extraída de una investigación estadística.

En este orden de cosas, se podría reconstruir una segunda versión de la tesis de la neutralidad valorativa, que afirmaría: la teoría del Derecho incluye juicios de valor epistémico, pero no juicios de valor práctico.

4. LA TESIS DE LA NEUTRALIDAD VALORATIVA Y LA CUESTIÓN DE LOS VALORES PRÁCTICOS

Hasta el momento se ha admitido que en la ciencia y en la teoría del Derecho tienen cabida ciertos valores, los epistémicos, pero no otro tipo de valores, como los valores prácticos (morales, políticos o ideológicos). Pues bien, los partidarios de la tesis de que las teorías ni siquiera están libres de este último tipo de valores han considerado que detrás de todo teórico hay

⁵⁵ Vid. B. LEITER, *Naturalizing Jurisprudence*, cit., pp. 168-170. Por el contrario, según el parecer de DICKSON las teorías del Derecho implican y deben implicar juicios evaluativos que van más allá de los netamente metateóricos, aunque no se trate de juicios morales (J. DICKSON, *Evaluación en la teoría del Derecho*, cit., p. 48).

⁵⁶ Vid. J. RAZ, "Autoridad, derecho y moral", cit., p. 256. Esta diferenciación es la base para que DICKSON hable de proposiciones evaluativas directas, aquellas que atribuyen valor de bondad a algo –v.gr., "que el Derecho tenga autoridad es bueno"– y de proposiciones evaluativas indirectas, como las que adscriben una propiedad evaluativa a algo, pero sin señalar si es buena o no –v.gr., "que el Derecho tenga autoridad es importante"– (J. DICKSON, *Evaluación en la teoría del Derecho*, cit., pp. 66-68). Véase también J. COLEMAN, *The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 175-197.

una ideología o ciertos compromisos morales o políticos que condicionan su investigación. Resulta evidente que la investigación — en especial si concierne a un fenómeno social — que cada teórico emprende tiene siempre algún trasfondo político, moral o, simplemente, lúdico.

Tal evidencia no ha escapado a los autores que defienden una teoría libre de juicios de valor. Max Weber, por ejemplo, consideró que «cuáles son el objeto de estudio y la profundidad de estudio en la infinidad de las conexiones causales sólo lo determinan las ideas de valor que dominan al investigador y a su época. En lo referente al método de la investigación — el cómo — es cierto que el punto de vista dominante determina — como aún veremos — la formación de los conceptos auxiliares que utiliza. Pero en lo referente a la manera de utilizarlos, el investigador se halla ligado evidentemente a las normas de nuestro pensamiento. Porque sólo es una verdad científica aquello que pretende tener validez para todos quienes quieren la verdad»⁵⁷.

El pensamiento de Weber tiene una explicación más profunda y clara en la diferenciación establecida por Reichenbach entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación⁵⁸. El contexto de descubrimiento no es más que la manera en que se llega a una idea o a una hipótesis. Aquí, el teórico puede tener ciertas preconcepciones iniciales acerca de algo o ciertas motivaciones ideológicas (por ejemplo, “para poder criticar el poder hace falta una buena explicación del mismo”; o “me parece injusta tal situación, pero voy a describirla”), pues las condiciones sociales, psicológicas, morales, políticas o económicas pueden ayudar a dar con una hipótesis valiosa. El contexto de justificación, por su parte, es la proposición de la hipótesis o de la teoría misma y su contrastación o justificación lógica o empírica. Esta distinción permite afirmar que la descripción requiere cierta valoración práctica en la gestación de la teoría, pero a la hora de comprobar la posibilidad lógica o empírica de las afirmaciones no hay dimensión axiológica alguna⁵⁹.

⁵⁷ M. WEBER, “La objetividad del conocimiento en las ciencias y la política sociales”, en *Sobre la teoría de las ciencias sociales*, trad. M. Faber-Kaiser, Planeta, Barcelona, 1993, p. 52.

⁵⁸ H. REICHENBACH, *Experience and Prediction: An Analysis of the Foundations and the Structure of Knowledge*, University of Chicago Press, Chicago, 1938, pp. 5-7.

⁵⁹ F. OVEJERO, *Mercado, ética y economía*, Icaria, Barcelona, 1994, p. 169. En definitiva, como señala SIEGEL, cuando nos disponemos a justificar la validez de una creencia o cuerpo de creencias (por ejemplo, una hipótesis o teoría científica) no nos importa en absoluto qué caminos condujeron a su adopción (H. SIEGEL, “Justification, Discovery and the Naturalizing of Epistemology”, *Philosophy of Science*, vol. 47, 1980, p. 300).

En el contexto de descubrimiento, pues, la teoría del Derecho puede responder a las motivaciones morales o ideológicas del teórico, pero ello no implica que éste únicamente pueda emprender tareas normativas ni que, en el caso de las descripciones, su corrección tenga que depender de la veracidad de sus preconcepciones o motivaciones ideológicas⁶⁰. De hecho, un elemento de apertura e, incluso, de crítica frente al dogmatismo es intentar contrastar dichas preconcepciones con la realidad y estar dispuesto a revisarlas a la luz de pruebas contrarias.

No se acaba aquí la cuestión. Hay autores que consideran que la ciencia ni siquiera puede liberarse de los valores prácticos, no sólo porque es difícil trazar la línea entre un valor epistémico y un valor práctico, sino, sobre todo, porque diversas investigaciones históricas y sociológicas ponen de manifiesto que los valores prácticos socialmente dominantes acaban repercutiendo en los métodos y en los contenidos de la ciencia, bien contribuyendo a seleccionar los objetivos epistémicos que predominan en una determinada fase de la actividad científica, bien suplantando a éstos en el proceso de resolución de los debates científicos⁶¹. No voy a detenerme, sin embargo, en estos aspectos por razones de espacio, pero me centraré en el actual debate en torno a la teoría del Derecho y la necesidad de contar con valores prácticos.

Como se señaló más arriba, el teórico no sólo debe seleccionar los rasgos importantes y significativos del fenómeno jurídico a la hora de elucidar el concepto del Derecho, sino que entre tales rasgos importantes ha de mediar el fin, los objetivos, los valores inherentes a dicho fenómeno, a las prác-

⁶⁰ Vid. A. MARMOR, "Legal Positivism. Still Descriptive and Morally Neutral", cit., pp. 691 y 692. De esta misma opinión se había mostrado ya LLEWELLYN al considerar que si bien a la hora de determinar los objetivos de la investigación siempre se ha de recurrir a juicios de valor, la investigación misma, la observación, la descripción y el establecimiento de relaciones entre las cosas descritas no han de quedar, en la medida de lo posible, contaminadas de los deseos del observador o de lo que él considere que tiene que ser éticamente necesario (K. LLEWELLYN, "Some Realism About Realism - Responding to Dean Pound", *Harvard Law Review*, vol. 44, núm. 8, 1931, p. 1236). Quizá la opinión de que las motivaciones ideológicas de un teórico condicionan la descripción de su teoría sea la razón por la cual ASÍS considere que el positivismo jurídico es normativo y no meramente descriptivo (R. DE ASÍS, "Sobre los rasgos de lo jurídico", cit., pp. 635-636).

⁶¹ F.J. RODRÍGUEZ ALCÁZAR, "Esencialismo y neutralidad científica", cit., pp. 63-ss; J. ECHEVERRÍA, *Introducción a la metodología de la ciencia*, cit., pp. 320-326 y *Filosofía de la ciencia*, Akal, 2ª ed., Madrid, 1998, pp. 67-ss. Véase igualmente el volumen colectivo H. KINCAID, J. DUPRÉ, A. WYLIE (eds.), *Value-Free Science? Ideals and Illusions*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

ticas y creencias o actitudes de las personas del grupo social donde el fenómeno se desarrolla. Todos estos son aspectos que el teórico debe captar. El concepto de Derecho se concibe entonces como un concepto práctico, moral o político dependiente de valores que van más allá de lo epistémico. En este sentido, la propia tarea del teórico le requiere un compromiso y una elección de los datos moralmente más relevantes con respecto a sus propios entendimientos y creencias morales⁶². Por tanto, la existencia de ideales, fines u objetivos morales inherentes a la naturaleza del Derecho hacen necesaria una evaluación moral para precisamente entender la naturaleza del Derecho⁶³.

Las posiciones de estos autores poseen los tres rasgos fundamentales que Jules Coleman atribuye a las teorías normativas. En primer lugar, tales autores consideran que el Derecho es algo (moral o políticamente) valioso. En segundo lugar, entienden que exponer lo que el Derecho sea implica, al menos en parte, exponer lo que tiene de valioso. En tercer y último lugar, concluyen que para explicar lo que el Derecho tiene de valioso el teórico tiene que proporcionar una visión del Derecho desde una teoría política que asigne un valor a aquél⁶⁴. En las próximas líneas se defenderá que ninguno de estos rasgos implica un uso de valores prácticos por parte del teórico.

En primer lugar, el Derecho puede servir para muy diferentes fines (redistribuir riquezas, proveer servicios, resolver conflictos, pero también para despojar de bienes o aplastar a una minoría) que no necesariamente han de ser valiosos. Por otra parte, también las investigaciones científicas pueden ser algo política o moralmente valioso. Descubrir una vacuna contra el virus

⁶² A juicio de SCHAUER resulta inverosímil imaginar una cuenta conceptual que pueda divorciarse de las opciones valorativas del teórico. En este sentido, la empresa del teórico es normativa y teleológica, en cuanto que tiene que ofrecer la definición más deseable desde un punto de vista moral, ideológico, político o social. Todo lo cual implica que la tarea de definir el Derecho sea más una cuestión de opción que de descubrimiento (F. SCHAUER, "Positivism as Pariah", cit., pp. 33 y 34). En un sentido similar puede verse J. FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, cit., p. 48; G. POSTEMA, "Jurisprudence as Practical Philosophy", cit., pp. 333 y 334; L. MURPHY, "The Political Question of the Concept of Law", en J. Coleman (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 373 y 381; y R. DWORKIN, *La justicia con toga*, cit., pp. 161 y ss.

⁶³ J. FINNIS, "On the Incoherence of Legal Positivism", *Notre Dame Law Review*, vol. 75, 2000, pp. 1597-1611; en especial, pp. 1603 y ss. En una dirección semejante se han manifestado S. PERRY, "Interpretation and Methodology in Legal Theory", cit., p. 123.

⁶⁴ Estos tres rasgos han sido puestos de manifiesto como propios de las teorías normativas del Derecho por COLEMAN, en "Law and Political Morality", *The American Philosophical Association Newsletter on Philosophy and Law*, vol. 6, núm. 2, 2007, p. 9.

A/H1N1 es valioso políticamente porque puede evitar problemas a un gobierno o puede serlo moralmente porque permite curar a las personas. Incluso un hecho natural como la lluvia me parece particularmente valioso no sólo estética, sino también políticamente en Estados temerosos de disturbios tras un prolongado período de sequía. Ahora bien, no confundir el objeto de la investigación con la investigación misma o con las aplicaciones particulares del objeto y distinguir entre los citados contextos de descubrimiento y de justificación permite que el valor de algo no impida su descripción neutral.

En segundo lugar, es cierto que si se atiende a las construcciones de los teóricos normativos se puede observar en ellas sus opciones personales valorativas. Por poner un ejemplo, Ronald Dworkin considera que cualquier teoría sobre la naturaleza de un concepto político tiene carácter normativo, en cuanto que debe capturar y mostrar su aspecto normativo, es decir, su valor. De esta manera, elaborar una teoría general de un concepto político, como el de Derecho, el de justicia o el de libertad, implica acometer la difícil tarea de identificar “el valor de un valor”, que en el caso del Derecho no es otro que el de la legalidad o el del imperio de la ley⁶⁵. Este valor insiste, a su vez, en el objetivo o el fin del Derecho que no es otro que justificar el poder coercitivo del Estado. De esto se sigue que el poder coercitivo de una comunidad política sólo deba desplegarse contra sus ciudadanos de acuerdo con normas preestablecidas. Ahora bien, esta construcción no desmiente que el Derecho tenga otras funciones, suponiendo que la justificación de la coacción estatal fuere una de ellas, ni que no haya otras opciones valorativas de edificación de una teoría normativa del Derecho. Aún más, no envuelve que una teoría descriptiva del concepto de Derecho tenga que incluir entre los rasgos importantes o significativos su objetivo, función o valor ni desmiente la tesis de la neutralidad valorativa. Sencillamente implica privilegiar unas funciones y unos objetivos frente a otros⁶⁶.

⁶⁵ Véase, de nuevo, R. DWORKIN, *La justicia con toga*, cit., pp. 21-23, 167-187 y 244-245.

⁶⁶ Vid. H.L.A., HART, *Post Scriptum al concepto de Derecho*, ed. P.A. Bulloch y J. Raz, trad. R. Tamayo, UNAM, México, 2000, pp. 23-26; B. BIX, *Jurisprudence: Theory and Context*, Sweet & Maxwell, London, 1996, p. 26; B. LEITER, *Naturalizing Jurisprudence*, cit., p. 159; y J. COLEMAN, “Methodology”, en J. COLEMAN y S. SHAPIRO (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 319-323 y 333-334. En opinión de MORESO privilegiar una de las funciones del Derecho implica una tarea normativa, aunque no la introducción de juicios de valor personales del teórico. Véase a este respecto J.J. MORESO, “Teoría del Derecho y neutralidad valorativa”, *Doxa*, núm. 31, 2008, p. 190. El propio DWORKIN, por su parte, reconoce que de haber tomado otro punto de vista, sus conclusiones tal vez hubieran sido otras (R. DWORKIN, *La justicia con toga*, cit., pp. 29 y 30).



Es cierto que el Derecho depende de los usos, las creencias, actitudes, prácticas e, incluso, de las valoraciones de las personas y de los grupos sociales. Pero esto no convierte al concepto de Derecho en un concepto de género político, sino de tipo hermenéutico. Todo concepto es hermenéutico si satisface dos condiciones⁶⁷. En primer lugar, si juega un papel hermenéutico, es decir, si figura en cómo las personas se comprenden a sí mismas y a sus propias prácticas. Y, en segundo lugar, si su extensión queda fijada por este papel hermenéutico, esto es, quede determinada de manera intersubjetiva por las personas que comparten el concepto en cuestión⁶⁸. Como concepto hermenéutico, la descripción de lo que sea el Derecho requiere conocer y entender el punto de vista de quienes participan en la práctica, pero dicho punto de vista no necesariamente ha de ser moral⁶⁹. Y, aunque lo fuera, determinar cuán valioso es el Derecho o qué tiene de valioso para los participantes de la práctica bien puede ser investigado a través de una empresa estadística⁷⁰.

En tercer lugar, aun aceptando que el punto de vista del participante fuera moral, ello no implicaría que el teórico tuviera que aceptar o compartir dicho punto de vista y abandonar el lugar descriptivo que le corresponde⁷¹.

⁶⁷ B. LEITER, *Naturalizing Jurisprudence*, cit., pp. 173-175.

⁶⁸ Estas dos condiciones de los conceptos hermenéuticos parece situarse en la misma esfera de las dos proposiciones que TAMANAHA atribuye al interpretativismo: el que la mayoría de las acciones sociales estén basadas en las ideas y creencias de las personas, por un lado, y que el contenido o significado de esas ideas y creencias sea intersubjetivo, por otro, de tal forma que esté basado en y compartido por los miembros del grupo social. Vid. B. TAMANAHA, "The Internal/External Distinction and the Notion of a 'Practice' in Legal Theory and Sociolegal Studies", *Law and Society Review*, vol. 30, núm. 1, 1996, p. 168.

⁶⁹ Las razones para aceptar la práctica pueden ser, efectivamente, de tipo prudencial, por tradición, por conformismo, por miedo a ser castigado, o —entre otras— por la esperanza de ser recompensado. Vid. H.L.A. HART, *Post Scriptum*, cit., p. 35.

⁷⁰ Todo ello suponiendo que un estricto teórico conceptual tuviera que dar cuenta de las evaluaciones de los participantes de un sistema jurídico nacional y no del Derecho en abstracto. Una explicación de este argumento puede verse en J. RAZ, "About Morality and the Nature of Law", *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 48, 2003, pp. 12 y 13.

⁷¹ Vid. H.L.A. HART, *Post Scriptum*, cit., p. 15; W. WALUCHOW, *Positivismo jurídico incluyente*, trad. M.S. Gil y R. Tesone, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 37-38; P. COMANDUCI, "Principios jurídicos e indeterminación del Derecho", *Doxa*, núm. 21 vol. II, 1998, p. 99; F.J. ANSUÁTEGUI, "Positivismo y teorías de la argumentación jurídica", *Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso*, núm. 45, 2000, p. 366; A. MARMOR, *Positive Law and Objective Values*, cit., pp. 155-159; y "Legal Positivism. Still Descriptive and Morally Neutral", cit., pp. 696-704.

Una cosa es aprehender un valor y otra bien distinta tener un juicio valorativo. En efecto, los teóricos descriptivos tienen que dar cuenta, si los hubiere, de los vínculos entre el Derecho y la moral. Ahora bien, aunque los ciudadanos o los operadores jurídicos hayan resuelto tales problemas de forma valorativa, ello no es óbice para que aquél los recoja como simples datos o hechos para su teoría. Es decir, “la descripción puede mantenerse descripción, aun cuando lo que se describa sea una evaluación”⁷². En cambio, los teóricos normativos parecen olvidarse de que no sólo se puede hablar desde dos puntos de vista de una práctica social. Junto con el punto de vista interno del participante y el punto de vista externo del observador, existe un tercer punto de vista que puede denominarse *hermenéutico*. El punto de vista hermenéutico es aquel tomado por una persona que comprende la práctica tal y como si participara del punto de vista interno, pero que se limita a describirla sin comprometerse ni a favor ni en contra de la misma⁷³. Los enunciados realizados desde este punto de vista desinteresado — propio de juristas teóricos — en los que se informa a otros de lo que deben hacer de conformidad con el Derecho, con independencia de que los informadores se compromete-

⁷² H.L.A.HART, *Post Scriptum*, cit., pp. 15, 16 y 18. El citado autor escribía en otro lugar: «hay una posición necesaria para una forma de teoría jurídica o jurisprudencia con alcance descriptivo y general, la perspectiva en la cual no es que un juez decida “qué es el derecho”, esto es, qué requiere el derecho en casos particulares... sino la de un observador externo de una forma de institución social con un aspecto normativo, la cual en su repetición en diferentes sociedades y períodos exhibe algunas características comunes de forma, estructura y contenido. Entre otras cosas, cada teoría descriptiva debe proveer una cuenta analítica y explicación de aquellas prácticas jurídicas que gobiernan una comunidad» (H.L.A. HART, “Comment on Ronald Dworkin, ‘Legal Theory and the Problem of Sense’”, cit., pp. 36-37).

⁷³ Vid. N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Edward Arnold Publishers, Londres, 1981, pp. 38 y ss; “Reglas sociales”, trad. L. Emilfork, *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaíso, núm. 28, 1986, pp. 309 y ss.; El propio HART admitió este punto de vista y afirmó que no hay nada que «impida a un observador externo, no participante, describir las formas en las cuales los participantes ven el derecho desde ese punto de vista interno [...] Por supuesto, un teórico jurídico descriptivo, como tal, no comparte la aceptación del derecho de los participantes; pero, puede y debe, describir tal aceptación» (*Post Scriptum*, cit., p. 15). No obstante, con anterioridad a MACCORMICK, este punto ya se había puesto de relieve por ROSS. El propio ROSS confiesa estar asombrado de que HART no vea o no mencione de forma más evidente el lenguaje externo de un observador que como tal ni acepta ni rechaza las reglas, pero que sólo hace un informe sobre ellas, como resulta ser el caso del jurista teórico. Véase, ahora, A. ROSS, “Review: The Concept of Law by H.L.A. Hart”, *The Yale Law Journal*, vol. 71, 1961-1962, p. 1189).

tan con su aceptación o rechazo, son denominados “enunciados jurídicos imparciales”⁷⁴.

Tras estas últimas puntualizaciones, creo que se puede seguir manteniendo una tesis de la neutralidad valorativa en la teoría del Derecho que, admitiendo la introducción de valores epistémicos e, incluso, prácticos en el contexto de descubrimiento, afirmara la ausencia de valores prácticos en su contexto de justificación.

ROBERTO MARINO JIMÉNEZ CANO
Universidad Carlos III de Madrid
c/ Madrid, 126
Getafe 28903 Madrid
e-mail: robertomarino.jimenez@uc3m.es

⁷⁴ Vid. J. RAZ, *La autoridad del Derecho*, cit., pp. 196 y ss.

