

*Jordi Ferrer Beltrán*

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

# NEUTRALIDAD Y TEORÍA DEL DERECHO

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2012

La colección *Filosofía y Derecho* publica aquellos trabajos que han superado una evaluación anónima realizada por especialistas en la materia, con arreglo a los estándares usuales en la comunidad académica internacional.

Los autores interesados en publicar en esta colección deberán enviar sus manuscritos en documento *Word* a la dirección de correo electrónico [manuscritos@filosofiyderecho.es](mailto:manuscritos@filosofiyderecho.es). Los datos personales del autor deben ser aportados en documento aparte y el manuscrito no debe contener ninguna referencia, directa o indirecta, que permita identificar al autor.

En caso de ser aceptada la publicación del original, el autor deberá adaptarlo a los criterios de la colección, los cuales se pueden encontrar, en formato PDF, en la página web [www.filosofiyderecho.es](http://www.filosofiyderecho.es).

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© De los autores

© MARCIAL PONS  
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.  
San Sotero, 6 - 28037 MADRID  
☎ 91 304 33 03

[www.marcialpons.es](http://www.marcialpons.es)

ISBN: 978-84-9768-993-9

Depósito legal: M. 29.728-2012

Fotocomposición: MILÉSIMA ARTES GRÁFICAS, S.L.

Impresión: Elecé, Industria Gráfica, S. L.

Polígono El Nogal

Río Tiétar 24, 28110 Algete (Madrid)

MADRID, 2012

## ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
<b>PREFACIO .....</b>	13
<b>¿CÓMO SE DETERMINA EL OBJETO DE LA JURISPRUDENCIA?, por Juan Carlos Bayón .....</b>	17
<b>NECESIDAD, IMPORTANCIA Y NATURALEZA DEL DERECHO, por Frederick Schauer .....</b>	41
<b>ALEXY ENTRE EL POSITIVISMO Y EL NO-POSITIVISMO, por Eugenio Bulygin .....</b>	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
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	73
<b>¿ENTRE POSITIVISMO Y NO POSITIVISMO? TERCERA RÉPLICA A EUGENIO BULYGIN, por Robert Alexy .....</b>	75
1. ARGUMENTOS NORMATIVOS Y EL CONCEPTO DE DERECHO ..	75

	<u>Pág.</u>
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
<b>LA ARQUITECTURA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO, por Jules Coleman</b> .....	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 immoral ..	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
<b>NORMAS, VERDAD Y ENUNCIADOS ACERCA DEL DERECHO</b> , por <i>Jorge L. Rodríguez</i> .....	179
1. INTRODUCCIÓN .....	179
2. NORMAS Y PROPOSICIONES NORMATIVAS .....	181
3. EL PROBLEMÁTICO CARÁCTER DE LOS ENUNCIADOS JU- RÍDICOS .....	187
4. PROPOSICIONES NORMATIVAS, CONCEPCIONES DE LAS NORMAS Y CONSECUENCIAS LÓGICAS .....	194
BIBLIOGRAFÍA .....	203
<b>JURISTENRECHT. INVENTANDO DERECHOS, OBLIGACIONES Y     PODERES</b> , por <i>Riccardo Guastini</i> .....	207
1. <i>EXPOSITORY VS. CENSORIAL JURISPRUDENCE</i> .....	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
<b>EL PROBLEMA DE LA DEMARCACIÓN EN LA TEORÍA DEL     DERECHO: UNA RAZÓN MÁS A FAVOR DEL ESCEPTICISMO</b> , por <i>Brian Leiter</i> .....	223
BIBLIOGRAFÍA .....	241

	Pág.
<b>POSITIVISMO JURÍDICO NORMATIVO, NEUTRALIDAD Y ESTADO DE DERECHO</b> , por <i>Bruno Celano</i> .....	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
<b>¿QUÉ ES EL DERECHO (Y POR QUÉ DEBERÍA IMPORTARNOS)?</b> , por <i>Scott Shapiro</i> .....	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
<b>SOBRE LA NEUTRALIDAD DEL RAZONAMIENTO CONFORME A UNA CARTA DE DERECHOS</b> , por <i>Wilfrid Waluchow</i> .....	313
1. EL PROBLEMA CENTRAL .....	313
2. RAZONES PÚBLICAS .....	326
3. ¿POR QUÉ LA RAZÓN PÚBLICA? .....	332

4. JUSTIFICACIÓN	332
BIBLIOGRAFÍA	332
<b>IDEALES BÁSICOS DE LA TEORÍA DEL DERECHO</b>	
1. INTRODUCCIÓN	332
2. TEORÍA DEL DERECHO	332
LOGO	332
2.1. Introducción	332
2.2. El derecho	332
2.3. El derecho	332
2.4. El derecho	332
2.5. El derecho	332
2.6. El derecho	332
3. UNA REVISIÓN DE LA TEORÍA DEL DERECHO	332
TEORÍA DEL DERECHO	332
3.1. Descripción	332
3.2. Descripción	332
3.3. Descripción	332
3.4. Descripción	332
4. CONCLUSIÓN	332
BIBLIOGRAFÍA	332
<b>EL MODELO CENTRAL DE LA TEORÍA DEL DERECHO</b>	
Don Priel	332
1. ¿QUÉ ES EL DERECHO?	332
2. EVALUANDO EL DERECHO	332
2.1. Los derechos	332
2.2. Posibles derechos	332
3. EL ARGUMENTO DEL DERECHO	332
4. OBSERVACIONES FINALES	332
BIBLIOGRAFÍA	332
<b>METODOLOGÍA DE LA TEORÍA DEL DERECHO</b>	
UNA INTERPRETACIÓN	332
BIBLIOGRAFÍA	332



	<u>Pág.</u>
4. ¿NUEVAMENTE INDETERMINACIÓN?.....	334
BIBLIOGRAFÍA.....	340
<b>IDEALES, PRÁCTICAS Y CONCEPTOS EN LA TEORÍA DEL DERECHO</b> , por <i>Brian Bix</i> .....	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
<b>EL MODELO CIENTÍFICO DE LA TEORÍA DEL DERECHO</b> , por <i>Dan Priel</i> .....	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
<b>METODOLOGÍA DE LA TEORÍA DEL DERECHO: ¿ES POSIBLE UNA INTERPRETACIÓN PURA?</b> , por <i>Kevin Walton</i> .....	383
BIBLIOGRAFÍA.....	404

# POSITIVISMO JURÍDICO NORMATIVO, NEUTRALIDAD Y ESTADO DE DERECHO\*

Bruno CELANO\*\*

Università di Palermo (Italia)

## 1. INTRODUCCIÓN

Por lo general, en los debates entre filósofos del derecho, bajo el rótulo «neutralidad» se discute la tesis según la cual la filosofía del derecho es (o al menos puede y debe ser) una investigación conceptual o descriptiva, es decir, no normativa o moralmente neutral. Por investigación conceptual o descriptiva se entiende un cuerpo teórico que no incluya, entre sus principios y conclusiones, afirmaciones normativas sustantivas o, más específicamente, afirmaciones morales o ético-políticas. A su vez, desde este punto de vista, el concepto de derecho, tal como es reconstruido a través del análisis conceptual, no es un concepto normativo o moralmente cargado, es decir, no se trata del concepto de cómo debe ser el derecho.

---

\* Traducción de Federico José ARENA.

\*\* ([celano@unipa.it](mailto:celano@unipa.it); [www.unipa.it/celano](http://www.unipa.it/celano)). Versiones previas de este trabajo fueron presentadas en el Seminario de filosofía del diritto de la Università di Palermo, en el D.I.GI.TA. de la Università di Genova, y en la conferencia «Neutrality and Legal Theory» (Girona, España, 21-22 de mayo de 2010). Agradezco por sus comentarios y críticas a Federico ARENA, Mauro BARBERIS, Clelia BARTOLI, Marco BRIGAGLIA, Pierluigi CHIASSONI, Paolo COMANDUCCI, Elena CONSIGLIO, Isabel FANLO CORTÉS, Riccardo GUASTINI, Giulio ITZCOVICH, Pau LUQUE SANCHEZ, Giorgio MANIACI, Realino MARRA, José Luis MARTÍ, José Juan MORESO, Nicola MUFFATO, Giorgio PINO, Francesca POGGI, Jahel QUERALT, Cristina REDONDO, Serena ROMANO, Aldo SCHIAVELLO, Isabel TRUJILLO y Francesco VIOLA.



No sé si esta exigencia, cuando no es entendida en modo trivial, puede ser satisfecha. De todos modos, tal como será discutida aquí, la neutralidad será entendida en un sentido completamente diferente, a saber, como un ideal ético o ético-político. Y mi trabajo será un ensayo de teoría del derecho entendida como una investigación normativo-sustancial, acerca de la neutralidad como ideal ético político que el derecho debe satisfacer.

Mi punto de partida es el positivismo jurídico normativo o la afirmación según la cual es algo bueno y deseable que las leyes posean fuentes sociales que sean fácilmente identificables, rápidamente accesibles y no controvertidas (s. 2). Sostendré que el positivismo jurídico normativo se encuentra justificado sobre la base del valor —o ideal— de la neutralidad, tal como será entendido aquí. Dicho de otro modo, aquello que hay de deseable en las leyes que son tal como el positivismo jurídico normativo sostiene que deben ser es, en un sentido a especificar, su neutralidad.

Ahora bien, ¿cuál es el concepto de neutralidad relevante aquí? y, ¿por qué la neutralidad, así entendida, es un valor? Encontrar las respuestas a estas preguntas exige, tal como intentaré demostrar, tomar en consideración la idea de Estado de derecho (*Rule of Law*).

Por «Estado de derecho» entiendo, siguiendo el uso actualmente más extendido entre los filósofos del derecho, un conjunto de características formales e institucionales que, en distintos grados, el derecho puede poseer (s. 3). Estas características definen un ideal al que, tradicionalmente, el derecho debería ajustarse. El positivismo jurídico normativo, sostengo, se relaciona con la neutralidad a través del Estado de derecho. Existen dos conexiones, una referida al Estado de derecho en general, y la otra referida a una particular versión del Estado de derecho que llamaré «Estado de derecho iluminista» (s. 5). La primera conexión se produce a través de la estabilidad de las expectativas mutuas (s. 4). La segunda conexión surge de lo que llamaré la «inherente neutralidad» de las prescripciones (s. 6). Bajo ambos aspectos, como se verá, «la observancia del Estado de derecho es necesaria si el derecho ha de respetar la dignidad humana» (RAZ, 1977: 221).

## 2. POSITIVISMO JURÍDICO NORMATIVO

Existen varias versiones disponible —más o menos robustas— del positivismo jurídico normativo (de ahora en más PJN). El PJN puede incluir un compromiso con la separación de poderes y la fidelidad a la constitución (SCARPELLI, 1965); o puede incluir un compromiso con la democracia (CAMPBELL, 1996; también los argumentos de J. WALDRON suelen apuntar en esta dirección, véase 2009: 689, 698, 700). El modo en el que yo entenderé

al PJN es mucho menos robusto, tanto que podría llamárselo esquelético (o PJN mínimo). Por «positivismo jurídico normativo» entiendo la tesis según la cual la separación del derecho y la moral, la separación de los fundamentos de los enunciados jurídicos y de los juicios morales es algo positivo, algo valioso y cuya consecución debe ser alentada<sup>1</sup>.

Distinguiré dos versiones de PJN, una versión epistémica y una sustantiva. El PJN sustantivo afirma que «el contenido moral del derecho debería ser limitado» (MACCORMICK, 1985: 37). Existen razones morales válidas a favor de que el derecho reproduzca y haga cumplir sólo una limitada porción del contenido de la moral — aun cuando cuál sea la porción de la moral relevante sea una cuestión altamente debatida<sup>2</sup>. El PJN epistémico se refiere a la deseabilidad de la existencia de criterios —o tests— de validez jurídica (i.e. criterios de membresía de normas a un sistema jurídico) que no sean morales y que, tanto como sea posible, sean trivialmente empíricos, no controvertidos y de fácil aplicación. El derecho, afirma el PJN epistémico, debe ser reconocible e identificable como tal, y su contenido capaz de ser determinado sobre la base de hechos o fuentes sociales (en lo posible fácilmente accesibles, rápidamente identificables y no controvertidos), independientes de la moral u otras consideraciones valorativas. En definitiva, en su versión epistémica, el PJN dice que es deseable que la existencia y el contenido del derecho puedan ser determinados «haciendo referencia a hechos sociales» —hechos sociales no controvertidos y fácilmente identificables— y «sin necesidad de recurrir a consideraciones morales» (RAZ, 1979: 53).

La tesis central del PJN epistémico se parece a la tesis raziana de las fuentes. Sin embargo, se distingue bajo dos aspectos. En primer lugar, la tesis del PJN es que es deseable que el derecho pueda ser identificado y su contenido determinado sobre la base de hechos sociales «no controvertidos, fácilmente identificables y disponibles». Esta cláusula no

<sup>1</sup> Se trata de una paráfrasis del modo en el que WALDRON define al PJN (2001, 411): «la tesis según la cual la separabilidad del derecho y la moral —la separabilidad de los fundamentos de las proposiciones jurídicas y de los fundamentos de las proposiciones morales—, es algo bueno y, quizás, también indispensable (desde un punto de vista moral, social o político); además de, ciertamente, ser algo que ha de ser apreciado y alentado». El rótulo es, en cierta medida, desafortunado, puesto que la expresión «positivismo jurídico normativo» ha sido usada, recientemente, para designar «la versión del positivismo jurídico que identifica al derecho con normas» (WALDRON, 2001: 411). Véase *Ibid.*: 411-2 para una discusión sobre la cuestión terminológica y sobre las razones para preferir la expresión «positivismo jurídico normativo» en lugar de la frase «positivismo jurídico ético» (CAMPBELL, 1996).

<sup>2</sup> Según MACCORMICK (1985: 32) el derecho debería imponer sólo deberes de justicia. En deferencia a la libertad de conciencia y en respeto a la autonomía de los agentes, el derecho debería abstenerse de intentar imponer deberes relativos a «cuestiones supererogatorias o de aspiración», nuestros deberes para con nosotros mismos y los deberes de afecto.

forma parte de la tesis de las fuentes de J. Raz. Segundo, y más importante, la tesis de las fuentes de Raz es una afirmación acerca de lo que el derecho es. Mientras que la tesis principal del PJN —que podríamos denominar «la tesis normativa de las fuentes»— es una tesis acerca de lo que el derecho debe ser. Esta tesis afirma que sería bueno, deseable, etc., que el derecho sea tal como la tesis de las fuentes de Raz afirma que el derecho es. De este modo, diría que cuando el derecho satisface las exigencias centrales del PJN, entonces «satisface la tesis de las fuentes» (satisface «TF»). Esto debería entenderse como un término o expresión técnico.

En lo que sigue, me ocuparé sólo de la versión epistémica del PJN (por lo que, salvo especificación, PJN designará esta posición). El PJN plantea algunas cuestiones. En lo que sigue me limitaré a enumerar algunas de ellas y dejaré la discusión detallada de cada una para otra ocasión.

(1) ¿Es el PJN una posición de filosofía del derecho (*jurisprudence*)? La filosofía del derecho, suele sostenerse, es una investigación puramente conceptual, mientras que el PJN —o, más bien, el tipo de tarea teórica de la cual el PJN es resultado— no lo es. El PJN es un punto de vista normativo que descansa sobre bases morales. Es el resultado de una investigación normativa sustancial y, específicamente, moral.

Esto es cierto. Si bien las premisas de este argumento podrían quizás ser cuestionadas —algunos filósofos dudan que la distinción entre, por un lado, investigaciones puramente conceptuales y, por otro lado, teorías normativas o morales pueda ser sostenida de un modo tajante—, no me involucraré aquí en esta discusión. Que mi trabajo pueda ser denominado o no «filosofía del derecho» no es relevante para mis propósitos actuales.

(2) ¿Es el PJN efectivamente una forma de *positivismo*? El positivismo, suele sostenerse, afirma que el concepto de derecho puede y debe ser definido independientemente de toda asunción moral. Evidentemente, el PJN no satisface esta condición.

Sin embargo, podría responderse, el PJN, tal como ha sido definido, no pretende ofrecer una definición del concepto de derecho. Simplemente sostiene que sería una buena cosa que el derecho posea ciertas características (*i. e.*, que satisfaga la TF). Esta respuesta, sin embargo, prepara el escenario para una objeción adicional, más profunda.

(3) El PJN presupone el análisis conceptual en sentido estricto y es, además, parasitario respecto de éste. Es decir, incluso antes de poder afirmar que sería bueno (o, da igual aquí, malo) que el derecho satisfaga la TF, es necesario saber qué es el derecho o, dicho de otro modo, es necesario adquirir una adecuada comprensión del concepto de derecho. Y, se agrega, el

positivismo es además una posición filosófico-jurídica. Así, el PJN no sería ni una posición filosófico-jurídica ni, *a fortiori*, una forma de positivismo. El PJN, en cambio, presupone un análisis o reconstrucción positivista del concepto de derecho.

Según algunos defensores del PJN el concepto de derecho es en sí mismo normativo y posee un contenido moral. Estos filósofos dudan que el concepto de derecho pueda, en algún sentido interesante, ser definido independientemente de ciertos presupuestos morales. Para estas personas, el PJN es, efectivamente, una posición filosófico-jurídica propiamente dicha, puesto que una investigación conceptual sobre el concepto de derecho no es, a fin de cuentas, una tarea libre de asunciones morales. Afirman además que el PJN es una variedad de positivismo (una vez que se define adecuadamente «positivismo», abandonando la asunción, considerada insostenible, según la cual el concepto de derecho debe ser definido independientemente de asunciones morales y que es esto lo que define al positivismo jurídico).

Yo no seguiré esta alternativa aquí. Que el concepto de derecho sea en sí mismo normativo, o posea contenido moral, no es parte del PJN, tal como aquí lo entiendo. Nada relacionado con mis propósitos actuales depende del uso del rótulo «positivismo». Si se desea quitar a la posición aquí presentada el rótulo «positivismo jurídico», no tengo problemas en hacerlo<sup>3</sup>. Nada en mi argumento requiere mantener ese rótulo.

(4) Un problema surge con relación a los presupuestos del PJN. Según cuáles sean los presupuestos que atribuyamos al PJN podremos distinguir dos versiones ulteriores de PJN. Las llamaré, respectivamente, versión «panglosiana» y versión «de la contingencia».

Para que la tesis central del PJN pueda ser un principio político moral válido es condición necesaria que (a) el derecho *pueda* satisfacer la TF. Si el derecho no puede satisfacer la TF, la pregunta acerca de si debería o no satisfacerla ni siquiera podría formularse. Pero ¿qué hay acerca de la segunda condición (b) que ha de ser también posible que el derecho *pueda no* satisfacer la TF?

Quizás sea una cuestión de hecho —o quizás sea una necesidad conceptual— que el derecho, como tal, satisface la TF y además que sea bueno

---

<sup>3</sup> Si se desea, puede llamarse «seguidores del positivismo» a los defensores del PJN. Los seguidores del positivismo sostienen que «el hecho que las normas jurídicas sean válidas en virtud de sus fuentes, y no en virtud de su mérito, les otorga a las normas jurídicas un cierto mérito, incluso cuando esas mismas normas sean, bajo otros aspectos, normas censurables» (GARDNER, 2001: 204-205). (El PJN, sin embargo, no coincide del todo con la posición que GARDNER describe, aunque ello se debe a razones que no son relevantes en el presente contexto.)

o deseable, algo que ha de ser bienvenido, que lo haga<sup>4</sup>. En ese caso, el derecho afortunadamente sería, bajo este aspecto, tal como debe ser. Ésta es la versión panglosiana del PJN según la cual afortunadamente vivimos en el mejor de todos los mundo jurídicos posibles (al menos con relación a ciertos aspectos).

Pero ¿queremos realmente suscribir el optimismo panglosiano? Parecería que, para que el PJN sea una posición ético-política razonable, la condición (b) también ha de verse satisfecha. En otras palabras, que sea contingente que el derecho satisfaga la TF.

El derecho puede no satisfacer la TF de varias maneras diferentes. Algunas de ellas, si bien no carecen de importancia, son obvias. Puede suceder que el test para identificar las leyes, o para determinar su contenido, no sea, tal como lo exige el PJN, fácilmente aplicable o no permita obtener resultados no controvertidos. Los hechos sociales relevantes pueden no ser fácilmente identificables o rápidamente accesibles. En tales casos el derecho será de difícil elucidación, controvertido o indeterminado. Pero la idea según la cual, el derecho puede no satisfacer la TF es susceptible de ser entendida en un sentido más fuerte que, en este contexto, parece más interesante. Según este sentido se daría lugar a la posibilidad que, de hecho y respecto de una determinada cuestión, el derecho se encuentre bien determinado pero que no sea —o al menos no lo sea directamente— basado en fuentes.

Y es aquí donde se encuentra la dificultad. ¿En qué sentido deberíamos considerar que es posible que el derecho no satisfaga la TF, si entendemos «no satisfacer la TF» en este sentido fuerte? Para los positivistas, la posibilidad más obvia es que el derecho, en virtud de sus fuentes, incorpore estándares morales. Desde este punto de vista, la versión de la contingencia del PJN afirmaría que es posible que el derecho, en virtud de sus fuentes, incorpore estándares morales y que sería mejor (y posible) que no lo haga<sup>5</sup>.

Entendida de esta manera, la versión de la contingencia del PJN presupone la posibilidad de la incorporación de la moral por el derecho, es decir, presupone la falsedad del positivismo jurídico excluyente. Algunos desearán negar esta posibilidad. Supongamos entonces que negamos que

<sup>4</sup> Ésta es, en términos de J. GARDNER (*Ibid.*: 205), una posición similar a la de aquellos «seguidores del positivismo» que son también «positivistas jurídicos» propiamente dicho. (De todos modos, para J. GARDNER, no se trata de posiciones idénticas puesto que, dentro de su taxonomía, los positivistas incluyentes figuran como defendiendo la noción relevante de positividad de una norma, a saber, el ser válida en virtud de su fuente. Según el texto que presento esto no es así, puesto que la noción de positividad coincide con la satisfacción de la TF.) Véase también GREEN, 2003: 4.3.

<sup>5</sup> Véase WALDRON, 2001: 411, 413-4: el PJN «*asume* (...) el positivismo negativo» —i. e., presupone «la posibilidad de inclusión»— «pero *prescribe* algo parecido al positivismo excluyente».

la condición (b), tal como la hemos entendido, pueda ser satisfecha. En ese caso existen, creo, tres hipótesis.

(i) La satisfacción de (b) es imposible, puesto que no existen hechos morales que el derecho pueda incorporar. Los no-cognitivistas éticos sostendrían esta posibilidad. Para contestar esta objeción, bastaría con mostrar que existen criterios de corrección para (al menos algunos de) los argumentos morales. O, lo que es lo mismo, bastaría con mostrar que tiene sentido argumentar acerca de (algunas) cuestiones morales.

(ii) La noción misma de incorporación (de la moralidad por el derecho) está mal planteada. En cambio, lo que en realidad sucede en aquellos casos de aparente incorporación de la moral por el derecho es que, de hecho, no se excluye, o se modula la aplicación de, la moral (RAZ, 2004). Esto, de hecho, concede el punto. Bajo esta hipótesis, se sostiene que la condición (b) es satisfecha, no en virtud de la incorporación, sino en virtud de la no exclusión, o modulación de la aplicación, de la moral por el derecho. *En este sentido* sería contingente que el derecho satisfaga la TF.

(iii) La incorporación es imposible (el positivismo jurídico incluyente es falso), pero las personas equivocadamente creen que es posible, y esta creencia es una creencia de la cual no podemos desembarazarnos. Esto lleva a una teoría del error acerca del derecho. En casos de aparente incorporación en realidad no existe derecho, aun cuando las personas, equivocadamente, crean que existe derecho y esta creencia no pueda ser ignorada. En mi opinión esta hipótesis es paradójica.

(5) Dije que una de las condiciones necesarias para que el PJN sea un principio político moral válido es que el derecho *pueda* satisfacer la TF. Si el derecho no pudiera satisfacer la TF, la pregunta acerca de si debe o no satisfacerla sería una pregunta fútil. Ahora bien, la idea de que ha de ser posible determinar la existencia y el contenido del derecho sobre la base, únicamente, de hechos sociales —e, incluso más, sobre la base de un test trivialmente empírico, no controvertido y fácilmente aplicable— parece *naïf*. Aparentemente se choca de fauces con lo que sucede en la interpretación y el razonamiento jurídicos (CHIASSONI, 1990; DICIOTTI, 1999; GUASTINI, 2004).

Pero lo que el PJN presupone no es que sea posible que el derecho en su conjunto (*todas* las normas jurídicas) pueda ser identificado, y su contenido determinado, sobre la base de hechos sociales no controvertidos y de fácil acceso. Sin embargo, el PJN sí presupone la posibilidad de que al menos algunas leyes —y no precisamente la parte menos relevante o insignificante del derecho— satisfagan la TF. Eso es incompatible con (a) la tesis según la cual todo el derecho —o incluso una gran parte de, o la parte más importan-



te, del derecho — es (siempre, necesariamente) indeterminado; (b) un punto de vista escéptico sobre la interpretación y el razonamiento jurídico.

(6) El PJN afirma que es algo bueno y deseable que el derecho satisfaga la TF. Esta afirmación ha de ser entendida como no-absoluta, bajo dos aspectos. Primero, los defensores del PJN (en la versión de la contingencia) pueden y, —razonablemente— deberían, sostener que el hecho de que el derecho satisfaga la TF es algo bueno y deseable cuando se dan ciertas condiciones políticas y económicas. Una teoría del PJN completamente desarrollada debería especificar cuáles son esas condiciones. Segundo, los defensores del PJN pueden, y —razonablemente— deberían, sostener que es sólo *pro tanto* (o *ceteris paribus*, etc.) que es bueno que el derecho satisfaga la TF. Cualquiera sean las razones que puedan existir a favor de que el derecho satisfaga la TF y, en su caso, para obedecer tales leyes, son razones que, en principio, pueden ser vencidas (véase MORESO, 2005).

Por tanto, el PJN, en la versión que prefiero, afirma que es (contingente y) deseable que la existencia y el contenido del derecho satisfagan la TF. Ahora bien, todavía podríamos preguntarnos ¿por qué sería esto algo bueno? ¿Qué hay de valioso en el hecho que el derecho satisfaga la TF?

Una respuesta posible es la siguiente. Si el derecho ha de poseer autoridad legítima, entonces ha de ser de ese modo. En otras palabras, el derecho debe poseer autoridad legítima (véase e.g. RAZ 2003: 180); para que el derecho posea autoridad legítima es condición necesaria que satisfaga la TF; en conclusión, el derecho debe satisfacer la TF.

Algunos comentarios sobre este argumento.

(1) La segunda premisa sigue las líneas de la concepción de la autoridad como servicio propuesta por J. RAZ (RAZ, 1985; 1986, cap. 3).

(2) La segunda premisa, creo, puede y debe ser debilitada, en dos sentidos: (a) satisfacer la TF es la manera principal en la que el derecho puede ser capaz de tener autoridad legítima, pero no es una condición necesaria para ello; (b) para que el derecho posea autoridad legítima se requiere, hasta el punto que sea razonable, que satisfaga la TF. Ninguna de estas dos precisiones se encuentran en línea con la propuesta de RAZ.

(3) La inferencia, como toda inferencia de este tipo, ha de ser tomada con cuidado. No permite extraer la conclusión. No es el caso que siempre que deba ser el caso que p, y q es una condición necesaria de p, entonces debe ser el caso que q, y punto. Pero, claro está, esto no es una peculiaridad del argumento que estamos analizando.

(4) No estoy sosteniendo que el derecho posee autoridad legítima, ni tampoco que, dado que es necesario que el derecho reclame autoridad legítima,

tima, entonces tiene que ser el caso que satisfaga la tesis de las fuentes (aparentemente, este argumento de RAZ es el que lo lleva a su versión excluyente del positivismo jurídico, véase RAZ, 1985)<sup>6</sup>.

En suma, ésta es una razón en la que es posible apoyar el PJN. Más allá de cuál sea el mérito de este argumento, en lo que sigue exploraré una línea argumentativa completamente diferente. Lo que justifica al PJN es el valor —o el ideal— de la neutralidad (adecuadamente entendido). Que el derecho esté separado de la moral —que la existencia y el contenido de las leyes pueda ser determinado sobre la base de hechos sociales fácilmente identificables, de fácil acceso y no controvertidos— es deseable porque si esta condición se ve satisfecha, entonces el derecho, en un sentido a especificar, es neutral.

¿Cómo deberíamos entender la palabra «neutralidad» en este contexto? ¿Y por qué la neutralidad es, en un sentido relevante, un valor? Para responder a estas preguntas propongo que dirijamos nuestra atención al Estado de derecho (de ahora en adelante ED).

El PJN, sostendré, se relaciona con la neutralidad a través del ED de dos modos. La primera conexión es *via* la estabilidad de expectativas mutuas (*infra*, 4). La neutralidad se presenta aquí en dos formas: (1) como indiferencia; (2) como reciprocidad y equidad. La segunda conexión proviene de aquello que llamaré la «inherente neutralidad» de las prescripciones (*infra*, 6).

### 3. EL ESTADO DE DERECHO

Son numerosos los modos en que es posible entender la expresión «Estado de derecho» (*Rule of Law*)<sup>7</sup>. Aquí adoptaré el que se ha vuelto común entre los filósofos del derecho contemporáneos en los últimos cuarenta años<sup>8</sup>. En este sentido, por «Estado de derecho» entiendo un conjunto más o menos preciso (1) de características formales de las leyes (prospectividad, publicidad, relativa

<sup>6</sup> Nótese, sin embargo, que WALDRON (*ibid.*: 412, 432) inscribe a RAZ, si bien dubitativamente, en el partido del PJN. Todo ello depende, desde su punto de vista, de entender a RAZ como afirmando que el derecho pretende autoridad, o que es bueno que una sociedad se organice mediante un sistema de directivas que pretenden autoridad (véase e.g. RAZ, 1996a: 115).

<sup>7</sup> Para un análisis de ellos véase WALDRON, 2002a: 155-7; *Id.*, 2004: 319-20; BENNETT, 2007: 92-4. Para algunos autores (incluso WALDRON; véase 2002a: 157-159), el concepto de ED es un «concepto esencialmente controvertido» en el sentido de W. B. GALLIE. No discutiré aquí esta afirmación.

<sup>8</sup> Los distintos enfoques pertenecientes a esta familia tienen la forma de «una suerte de lista de supermercado en la que se enumeran las propiedades que debería poseer un sistema jurídico saludable. Se trata, en su mayor parte, de variaciones de las ocho desiderata que Lon FULLER incluía en la «moralidad interna del derecho»» (WALDRON, 2002a: 154). Véase *ibid.*: 154-155, para un estudio de algunos de los más importantes enfoques de este tipo (L. L. FULLER, J. RAZ, J. FINNIS, J. RAWLS y M. RADIN).

generalidad, relativa estabilidad, inteligibilidad y relativa claridad, practicabilidad<sup>9</sup>, consistencia), y (2) de desiderata institucionales y procedimentales (tales como, por ejemplo, que la creación de normas individuales, aplicables a casos particulares, se base sobre normas generales; y, además, los así llamados principios de «justicia natural», a saber, que la solución de las disputas sea confiada a una persona cuyos intereses no estén en juego o cuya imparcialidad no se vea afectada, el principio *audi alteram partem*, etc.)<sup>10</sup>. Los ítems en la lista puede variar según los enfoques de cada autor. El núcleo, sin embargo, es estable<sup>11</sup>.

Algunas de estas características que el derecho debe poseer pueden sufrir variaciones de grado. La mayor parte de ellas especifican, de manera más o menos directa, aquello que es instrumentalmente necesario para alcanzar un cierto fin, a saber, el fin de guiar el comportamiento humano a través de reglas<sup>12</sup>. En otras palabras, son características que las leyes han de poseer para que sea posible seguirlas y obedecerlas<sup>13</sup>. Si se las entiende de este modo, las características que conforman el ED son características que un instrumento (las leyes) ha de poseer para desempeñar adecuadamente su función (guiar el comportamiento humano). En este sentido son análogas a las propiedades-que-hacen-bueno-a implicadas por el significado de todo término funcional. Las exigencias del ED son análogas al filo de un cuchillo (RAZ, 1977: 225, véase también MARMOR, 2004: 7).

Las características del ED definen un ideal ético-político al que, por lo general, se espera que las leyes se conformen<sup>14</sup>. Pero me gustaría enfatizar

<sup>9</sup> *I. e.*, conformidad con el principio «debe» implica «puede».

<sup>10</sup> Una lista de estas exigencias institucionales y procedimentales puede encontrarse en, por ejemplo, RAZ, 1977: 215-218 («la producción de leyes en cada ordenamiento jurídico debe encontrarse regulada por reglas generales que sean públicas, estables y claras»; «debe garantizarse la independencia de los tribunales»; «los tribunales deben poseer el poder de revisar la implementación de los demás principios»; «el acceso a los tribunales debe ser fácil y rápido»; «no debe permitirse que la discreción de las agencias para la prevención del crimen perviertan el derecho»). Sobre los principios de justicia natural véase HART, 1961: 156, 202. Listas similares de las exigencias que impone el ED pueden verse en FULLER, 1969: cap. 2; FINNIS, 1980: 270-271; MARMOR, 2004: 5 y ss. Una clasificación de los principios que constituyen el ED en formales y procedimentales se encuentra en WALDRON, 2008a (pero véase también RAZ, 1977: 218).

<sup>11</sup> Tal como señala WALDRON (2002a: 155), las propuestas —las parcialmente distintas «listas del supermercado»— de estos autores (FULLER, FINNIS, RAZ, RAWLS, RADIN) «parecen congeniar bastante bien; parecen señalar distintos detalles de lo que en realidad es, más o menos, la misma concepción».

<sup>12</sup> En términos de L. L. FULLER: «la empresa de sujetar el comportamiento humano al gobierno de reglas» (1969: 106).

<sup>13</sup> Según RAZ (1977: 214) la «idea básica» que subyace a las exigencias del ED («la intuición básica de la que deriva la doctrina del estado de derecho») es «que el derecho debe ser capaz de guiar el comportamiento de sus súbditos» («si el derecho ha de ser obedecido entonces *ha de ser capaz de guiar el comportamiento de sus súbditos*. Debe ser tal que los súbditos puedan saber qué les es exigido y actuar de acuerdo a ello», *ibid.*, el énfasis es mío). Véase también MARMOR, 2004: 5.

<sup>14</sup> No trato aquí la cuestión ampliamente debatida acerca de si las exigencias que conforman el ED son o no parte del concepto *derecho*. Véase, por ejemplo, BENNETT, 2007; WALDRON 2008a; *Id.*, 2008b; VIOLA 2008.

que este modo de concebir el ED no tiene nada que ver con aquellos puntos de vista ideológicamente sesgados, y ampliamente extendidos en la literatura contemporánea (no jurídica), que oponen el ED a la legislación socioeconómica. Según estos puntos de vista, la legislación socioeconómica «interfiere con los procesos del mercado, limita los derechos de propiedad y vuelve más precarias o menos remunerativas las inversiones en esa sociedad»<sup>15</sup>. Considero que estas concepciones del ED son en realidad espurias<sup>16</sup>. Prefiero quedarme con la concepción tradicional del ED que lo entiende de modo formal *cum* institucional y procedimental.

#### 4. NEUTRALIDAD (I): ESTABILIDAD DE EXPECTATIVAS MUTUAS

El PJN, he dicho, se relaciona con la neutralidad a través del ED. Existen dos conexiones. En esta sección expondré la primera.

Tomemos en consideración la siguiente línea de razonamiento (que llamaré «el mito de la medida común»). Gracias a que la producción de leyes satisface el desideratum principal del PJN, algunos estándares de comportamiento pasan a ser el derecho de un territorio. En virtud de que satisfacen la TF, estas leyes son identificadas como las únicas reglas del grupo en su conjunto. Distintos individuos o distintos grupos de individuos que forman parte de la sociedad pueden tener puntos de vista diferentes acerca de cómo actuar en ciertas circunstancias, o acerca del mejor modo de conseguir un cierto objetivo común, o acerca de cuál es el curso de acción que mejor resolverá un caso cuando se necesite decidir en común<sup>17</sup>, etc. Las leyes que satisfacen la TF, el relato continúa, resuelven estas incertidumbres y, por tanto, dan respuesta a todas esas cuestiones. Los diferentes juicios privados de cada individuo o de cada grupo son reemplazados por una medida común, en principio basada en fuentes, de fácil acceso y aplicación. Un criterio público único, que cuenta como el criterio de todo el grupo (es una «razón pública» que sustituye a las numerosas y conflictivas razones «privadas» de los individuos).

<sup>15</sup> Tomo esta caracterización de WALDRON, 2007: 92.

<sup>16</sup> Véase, en general, *ibid.*

<sup>17</sup> «Podríamos decir que (...) cuando existe, entre los miembros de un grupo, un sentimiento compartido acerca de la necesidad de un esquema, decisión o curso de acción en común respecto de una determinada cuestión, incluso si entre ellos existen desacuerdos sobre cuál debe ser el esquema, decisión o curso de acción en cuestión, existen *las condiciones de la política*» (WALDRON, 1999a: 102; véase también *Id.*, 1999b: 154, y 2000: 1849). Existen, sin embargo, algunos tipos de desacuerdos o conflictos en los que no todos los involucrados prefieren la adopción de un curso de acción común en lugar de realizar, cada uno de ellos, su propia preferencia (GAUS, 2002; BENDITT, 2004; pero véase WALDRON, 2000: 1840, 1844).

Así formulado, esto es un mito. El mero hecho que una directiva sea promulgada como una ley basada en fuentes, en sí mismo, no resuelve los desacuerdos, ni tampoco crea una medida común que exprese una decisión presuntamente pública de un grupo en su conjunto. Por supuesto, si el derecho está respaldado por un aparato coercitivo efectivo es probable que existan razones prudenciales (auto-interesadas) para que los miembros del grupo lo obedezcan. Pero referirse a tales leyes como la «razón pública» de la comunidad en su conjunto, o como expresando «el criterio público» o «una medida común», que reemplaza los numerosos y conflictivos criterios privados de los individuos<sup>18</sup>, no ayuda a aclarar las cosas. Las directivas promulgadas como derecho reclaman autoridad legítima. Ellas se transforman en la medida común del grupo —expresando lo que *debería* contar como la decisión del grupo en su conjunto— sólo si efectivamente poseen autoridad legítima<sup>19</sup>.

Hay, sin embargo, un grano de verdad en el mito de la medida común. Las directivas promulgadas como derecho basado en fuentes son, en cierto sentido, neutrales. Y esto es, *ceteris paribus*, algo valioso.

Existe, en primer lugar, un sentido trivial en el que esto es verdad. Consideremos la versión normativa de la TF. Es algo bueno y deseable que la existencia y el contenido del derecho puedan ser determinados sin recurrir a la argumentación moral. La «neutralidad» se manifiesta aquí, trivialmente, del modo siguiente: lo que el derecho es sobre una cierta cuestión (*i. e.*, lo que el derecho exige o permite) puede ser determinado sobre la base de consideraciones moralmente neutrales. Entre las personas que defienden puntos de vista éticos diferentes y conflictivos, lo que cuenta como derecho es algo

<sup>18</sup> Existe una tentación permanente de referirse al derecho como una «razón pública» hobbesiana (GAUTHIER, 1995).

<sup>19</sup> Véase RAZ, 1979: 50-51: «la vida social exige, y se ve facilitada por, numerosos patrones de tolerancia, cooperación y coordinación entre, al menos algunos de, los miembros de la sociedad. Lo mismo es cierto cuando se trata de la persecución de los fines que la sociedad se ha fijado. Algunos individuos, o grupos de individuos, pertenecientes a la sociedad pueden tener puntos de vista diferentes acerca de cuál es el esquema de cooperación, coordinación o tolerancia apropiado. El derecho tiene como una de sus funciones principales la de establecer un punto a partir del cual el punto de vista de los miembros de la sociedad, o de porciones influyentes o poderosas de la sociedad, cesa de ser privado y pasa a ser (*i. e.*, *reclama ser*) el punto de vista vinculante para todos los miembros de la sociedad, a pesar que puedan no estar de acuerdo con él. El derecho cumple esta función, y puede cumplirla sólo, si ofrece pautas para la guía del comportamiento y la regulación de los aspectos de la vida social que sean públicamente identificables. El derecho es una medida pública con la cual puede medirse el comportamiento propio y el de los demás» (el énfasis es mío). Véase también RAZ, 1996a: 100-104, 107-110. Esto no equivale a negar que, bajo ciertas condiciones, la eficacia (o, específicamente, la eficacia pública) pueda jugar un papel decisivo para conferir autoridad legítima a algunas directivas —*i. e.*, las directivas jurídicas (véase RAZ, 1986: cap. 3; 1996a: 115, y 2006: 158; véase también, para un argumento relacionado, WALDRON, 1999a: 104-105, y 2000: 1839-1840, 1847). En esos casos, sin embargo, el relato deberá ser mucho más complicado de lo que sugiere el mito de la medida común.

que pueden determinar de modo neutral (respecto de esos puntos de vistas diferentes). Esto acarrea, es de presumir, ventajas obvias.

Pero me parece que el grano de verdad que hay en el mito de la medida común es todavía más profundo. Las leyes que satisfacen la TF —directivas promulgadas como leyes basadas en fuentes— pueden funcionar como dispositivos neutrales de interacción social, en cuanto pueden transformarse en el foco común de expectativas mutuas relativamente estables. Esto puede suceder de dos modos diferentes.

(1) Las leyes pueden proporcionar una solución a problemas de coordinación propiamente dichos (me refiero a problemas de coordinación en el sentido estricto que esta expresión posee en la teoría de los juegos) señalando un equilibrio de coordinación entre todos aquellos disponibles. Por hipótesis, cada una de las partes es (casi) indiferente acerca de cuál de todos los equilibrios disponibles sea el elegido, y hará su parte en el equilibrio siempre y cuando pueda esperarse (tenga la expectativa) de que los demás harán lo mismo. Al ser señalado por una institución legislativa, un equilibrio adquiere carácter sobresaliente y las partes convergen en él.

En tales casos, el mito de la medida común, de hecho, no es un mito. Frente a un problema de coordinación no se presenta ninguna cuestión de autoridad (ULLMAN-MARGALIT, 1981; GREEN, 1988: 111-5), es suficiente con que el patrón de conducta sea públicamente elegido, de modo tal que adquiera carácter sobresaliente frente a los ojos de todas las partes. No es necesario que las agencias de coordinación sean autoridades (*i. e.* emitan razones protegidas) para que puedan desempeñar su función<sup>20</sup>.

Neutralidad equivale aquí a indiferencia. La elección de un equilibrio particular es neutral en el sentido que, por hipótesis, las partes son (casi) indiferentes acerca de cuál, entre todos aquellos disponibles, sea el equilibrio elegido<sup>21</sup>.

En tales casos, las leyes de hecho constituyen una medida común. Éstos son, sin embargo, casos marginales, de poco interés. Ello en cuanto, por lo general, los problemas de interacción no poseen en el mundo real estas ca-

<sup>20</sup> La ley desempeña aquí la función de mero indicador. La ley proporciona a las partes la posibilidad de formar expectativas mutuas y compartidas, de distintos órdenes, acerca del curso de acción que seguirán los demás. El curso de acción señalado por el derecho adquirirá para los involucrados un carácter sobresaliente (*i. e.*, aparecerá de tal modo que poseerá carácter sobresaliente para cada una de las partes y, de este modo, *será* la opción con carácter sobresaliente). Y, en virtud de la estructura del problema, esto es ya una razón suficiente para que las partes converjan sobre el curso de acción en cuestión.

<sup>21</sup> Un caso relacionado a éste es el del juego de la aseguración (ELSTER, 1983). En este tipo de juegos no se da la característica de la indiferencia, pero el derecho podría funcionar del mismo modo.



racterísticas. Y, en todo caso, los problemas de interacción críticos — aquellos en donde el desacuerdo y el conflicto poseen una amplia extensión y en los que una decisión común se necesita con mayor urgencia— no son problemas de coordinación (en sentido estricto)<sup>22</sup>.

(2) En otros casos de interacción estratégica, en los que los problemas son diferentes, más difíciles de manejar (como la batalla de los sexos, los dilemas del prisionero, o problemas de acción colectiva de varios tipos), el derecho podría intentar ofrecer una solución, única, a los conflictos y responder así a la necesidad de que exista una decisión o curso de acción común. En tales casos, sin embargo, a menos que el derecho posea autoridad legítima, el mito de la medida común es, de hecho, un mito<sup>23</sup>. Es decir, a menos que el derecho posea autoridad legítima, las presuntas «soluciones» de los problemas relevantes sólo serán tales en tanto y en cuanto se vean respaldadas por un aparato coercitivo eficaz, que haga que la obediencia de las directivas sea en el auto-interés de las partes y que cambie, de hecho, la estructura del problema (modificando los resultados en la matriz). Podría plausiblemente argüirse, además, que muchos de los conflictos y desacuerdos presentes en el mundo real entre personas que defienden distintas concepciones de la buena vida, o diferentes puntos de vista religiosos, no son susceptibles de ser modelados en términos de la teoría de los juegos o de la decisión colectiva<sup>24</sup>. Respecto de esos conflictos hablar de directivas jurídicas como, en cuanto tales, medidas comunes es mera retórica.

Existe, de todos modos, una conexión entre la pretendida solución de conflictos en estos casos por parte del derecho y la idea de neutralidad. En tales casos, las directivas públicamente promulgadas como leyes, y específicamente como leyes que satisfacen la TF, pueden proporcionar estabilidad a las expectativas. Es de conocimiento común que probablemente las personas

<sup>22</sup> Se trata de un punto ampliamente reconocido. Véase, e. g. WALDRON, 2000: 1838, 1844.

<sup>23</sup> Esto no es incompatible con el punto de vista de J. WALDRON (1999a: 104-105; véase también 2000, 1839-1840, 1848) según el cual algunas cuestiones —especialmente las cuestiones referidas a los detalles o, más en general, a la *determinatio* de las normas generales— pueden poseer una estructura tal que haga que las partes prefieran que la cuestión sea resuelta en algún modo (en lugar de preferir que la cuestión sea resuelta como cada uno de ellos prefiere que lo sea). De este modo, que el derecho sea capaz de señalar una decisión en particular se transformará en una razón para que todos acepten esa decisión y se conformen a ella. Las situaciones que tienen esta estructura son batallas de los sexos que el derecho puede resolver; se sigue trivialmente que el derecho puede resolverlas. Pero no se sigue, tal como señala WALDRON (1999a: 104), que el derecho, en cuanto tal, resuelva generalmente batallas de los sexos y que «por esto debamos respetarlo». De manera más general, puede decirse que en todos los casos en los que sobre todo importa que la cuestión sea resuelta y, en consecuencia «la univocidad, la determinación y la resolución» (WALDRON, 2002b: 368) son altamente apreciadas, el derecho tendrá un rol decisivo que jugar.

<sup>24</sup> Y, *a fortiori*, no es susceptible de ser modelado como una matriz simple de batalla de los sexos (GAUS, 2002; BENDITT, 2004; pero véase WALDRON, 2000: 1840, 1844).

obedecerán esas directivas<sup>25</sup>; y esto permite que cada una de las partes forme expectativas acerca de lo que hará el resto, sobre la base de sus expectativas acerca de cómo el resto espera que ellas mismas actúen, acerca de cómo el resto espera que ellas esperen que el resto actúe, y así sucesivamente. Este tipo de expectativas mutuas y entrecruzadas permiten a las partes tomar decisiones razonadas y planear su futuro<sup>26</sup>.

Y es aquí que el ED entra en juego. Las exigencias del ED definen un ideal ético-político. Se trata de un ideal entre muchos otros (me refiero a otros ideales que merecen igual respeto: la democracia, la justicia, la igualdad, los derechos humanos, etc.) y no debe ser confundido con ellos (RAZ, 1977: 211). Asimismo, se trata de un ideal modesto. No en el sentido que sea fácilmente alcanzable, sino en el sentido que es compatible con una gran cantidad de injusticia y, en general, con graves violaciones de otros ideales.

No obstante, a pesar de su modestia, el ideal definido por las exigencias del ED es de una importancia crucial para la conexión que estamos analizando. Ello se debe a la siguiente razón.

Aparentemente, el argumento podría ser que si bien las leyes basadas en fuentes tienden por lo general a otorgar estabilidad a las expectativas mutuas, la estabilidad de las expectativas mutuas es asegurada con mayor firmeza cuando además se satisfacen las exigencias del ED<sup>27</sup>. Por tanto, la forma relevante de neutralidad se ve asegurada con mayor firmeza cuando las leyes, además de satisfacer la TF, satisfacen también las exigencias del ED.

La conexión, sin embargo, es todavía más estrecha. En realidad, cuando nos encontramos inclinados a decir que el derecho basado en fuentes tiende,

<sup>25</sup> Sobre la noción de conocimiento común o mutuo véase, respectivamente, LEWIS, 1969: 52 y ss., y SCHIFFER, 1972: 30 y ss.

<sup>26</sup> Por supuesto, las expectativas en cuestión pueden también referirse al modo en el que el derecho será modificado (*i. e.*, pueden basarse en las reglas —ellas mismas reglas jurídicas— que regulan el modo en el que las leyes son creadas, modificadas, o abrogadas). Dicho de manera más general, las reglas secundarias pueden también ser objeto de las expectativas mutuas.

<sup>27</sup> Este es el modo en el que, sugiero, deberíamos entender el contenido de la exigencia de publicidad incluida en el ED (véase CELANO forthcoming A). Cuando se exige que las leyes sean públicas, lo que se quiere decir es, no sólo que cada una de las destinatarias debe saber cuáles son las leyes, sino también que cada una de ellas debe saber que las demás saben cuáles son las reglas, y así sucesivamente hasta la conformación de una cadena de expectativas mutuas. (Piénsese en un régimen en el que las leyes son hechas conocer a sus destinatarias enviando, a cada una de ellas, un sobre sellado. Todas saben cuáles son las leyes, pero ¿se vería satisfecha la exigencia de publicidad incluida en el ED?) Véase la discusión de un punto relacionado a este en MARMOR, 2004: 17. (Enmienda de este modo, la condición de publicidad incluida en el ED se corresponde con lo que RAWLS considera el primer nivel de publicidad de los principios de justicia en una sociedad bien ordenada; véase, por ejemplo, RAWLS, 1999: 292-293, 324. Agradezco a José Juan MORESO y Jael Queral por haberme recordado esto.)

por lo general, a otorgar estabilidad a las expectativas mutuas, lo que efectivamente estamos tratando de decir es que cuando el derecho basado en fuentes satisface algunas de las exigencias del ED otorga esa estabilidad<sup>28</sup>. Son las leyes que satisfacen la TF y además satisfacen, al menos en un mínimo grado, algunas de las exigencias del ED (prospectividad, inteligibilidad, publicidad, relativa generalidad, aplicación regular por jueces imparciales) las que, otorgando estabilidad a las expectativas mutuas, funcionan como un dispositivo neutral de interacción social.

Y, cuando se satisfacen las exigencias del ED, podemos claramente ver aquello que hay de valioso en la estabilidad de las expectativas mutuas. Las exigencias del ED implican que las expectativas creadas por el derecho serán —por lo que al derecho concierne— expectativas *fiabiles*. Si da lugar a expectativas mutuas, entonces el derecho evitará funcionar como un dispositivo «señuelo» que alienta expectativas que luego frustrará (RAZ, 1977: 222). Resumiendo, las leyes que satisfacen las exigencias del ED darán lugar a un sistema estable de expectativas mutuas y entrecruzadas, garantizando así un cierto nivel de confianza, equidad (*Fairness*) y reciprocidad en las interacciones de los gobernados con los gobernantes (FULLER, 1969: 39-40; FINNIS, 1980: 272-273; MACCORMICK, 1985: 26) y de los gobernados entre sí. Ésta es, sostengo, una forma de neutralidad: la neutralidad como equidad.

Entendida de este modo, la neutralidad es, por supuesto, compatible con graves injusticias y discriminaciones. Por ejemplo, cuando existe un derecho basado en fuentes, el esclavo sabe qué puede esperarse de su amo, ya que sabe qué es lo que el amo puede esperarse de él, etc. Sus interacciones se ajustan, sin embargo, a un patrón de expectativas mutuas, estables y fiables<sup>29</sup>.

Por tanto, en ambos casos, es decir, en casos de problemas de coordinación propiamente dichos y en casos de profundos desacuerdos y conflictos sociales, las leyes que satisfagan el desideratum principal del PJN y del ED se verán en mejores condiciones para alcanzar la meta relevante (estabilidad de expectativas mutuas) e instanciar el valor relevante (respectivamente, neutralidad como indiferencia y neutralidad como equidad).

---

<sup>28</sup> Considérense en cambio algunos tipos de fuentes que proporcionan estabilidad a las expectativas mutuas, al menos hasta un cierto límite: las ordalías, el sorteo, las predicciones de los oráculos oficiales (debo este punto a Francesca Poggi). (E.g., es de conocimiento común que una cierta discusión será resuelta por sorteo, pero, sin embargo, no se conoce cuál será el resultado.)

<sup>29</sup> Un contraejemplo putativo lo constituirían las leyes que establecen «Siempre que lo deseen los miembros de la elite podrán secuestrar o matar a los miembros del grupo X». Sin embargo estos contraejemplos son *ad-hoc*. Estas reglas son generales únicamente en su forma lógica, pero no son generales en el sentido exigido por el ED.

## 5. ESTADO DE DERECHO ILUMINISTA

Me referiré ahora a la segunda conexión entre el PJN y la neutralidad (*via* el ED). Esta conexión concierne una particular versión del ED. Puede decirse, a grandes trazos, que las piedras fundamentales de esta versión del ED han sido desarrolladas por la cultura jurídica europea de los siglos XVIII y XIX. Es la versión asociada, *inter alia*, con el modo en que J. BENTHAM concebía las propiedades formales que el derecho debería poseer. Bajo esta concepción, el lugar central en el ED es ocupado por la actividad del legislador —*i. e.* por quién promulga prescripciones—.

El prescribir, como un tipo de actividad humana intencional (*grosso modo*, intentar que ciertas personas hagan algo diciéndoles que lo hagan), y las «relaciones prescriptivas» (*i. e.*, el tipo de relación que se establece, en virtud de la emisión afortunada de una prescripción, entre quien prescribe —o legislador en sentido amplio— por un lado, y aquellos a quienes va dirigida la prescripción, por el otro lado) poseen varias propiedades formales. Tal como sucede con todas las actividades intencionales o teleológicas (y con los términos funcionales en general), algunas de estas características expresan las exigencias que la actividad ha de satisfacer para que pueda conseguir —y conseguir afortunadamente— sus fines constitutivos. Algunas de estas propiedades especifican elementos del ideal del ED. Así, por ejemplo, prescribir es un procedimiento abierto y públicamente dirigido a la emisión de directivas públicas<sup>30</sup>. Y, tal como hemos visto, la publicidad de los estándares de comportamiento relevantes es uno de los requisitos del ED. Así, cuando se trata de prescripciones, no sólo el estándar en sí mismo, sino también su modo de nacimiento, se encuentran al descubierto<sup>31</sup>. Además, las prescripciones, para ser capaces de obtener el resultado que persiguen (*i. e.* guiar el comportamiento humano), han de ser típicamente prospectivas e inteligibles, es decir, han de ser emitidas con anticipación y claridad suficiente como para que los destinatarios puedan entenderlas (véase MARMOR, 2004: 19-20, 26-7). Igualmente, la actividad de prescribir se encuentra sometida a una presión racional en favor de la conformidad con el principio «*debe*» implica «*puede*» y en favor de evitar conflictos (las así llamadas «antinomias»)<sup>32</sup>. Estas últimas

<sup>30</sup> Este punto es discutido con mayor detalle *infra*, 6.

<sup>31</sup> Véase WALDRON, 2007: 99: el parlamento «es una institución concebida explícitamente para crear y modificar el derecho. (...) La producción normativa por parte de los tribunales no es un proceso transparente; la producción de normas en un parlamento, por el contrario, consiste en un procedimiento público y transparente específicamente dedicado a esa tarea» (la «transparencia» de la legislación). Véase también WALDRON, 2009: 693.

<sup>32</sup> Se trata de características que típicamente exhiben las prescripciones y de presiones a las que de manera *estándar* se encuentran sujetas las prescripciones. No se excluye la posibilidad de

son también, como hemos visto (*supra* 3), requisitos del ED, respectivamente, practicabilidad y consistencia.

Este giro legislativo al ED no debería sorprendernos. Después de todo, la mayor parte de las exigencias del ED tienen que ver, como señalé, con aquello que es instrumentalmente necesario para conseguir guiar el comportamiento humano a través de reglas («sujetar el comportamiento humano al gobierno de las leyes», *supra* 3). Y, por supuesto, prescribir simplemente *es*, en un sentido bastante claro, tratar de guiar el comportamiento humano mediante reglas (tratar que alguien haga algo, diciéndole que lo haga)<sup>33</sup>. Ciertamente, prescribir no consiste necesariamente en la emisión de directivas *generales*, o de «reglas» propiamente dichas. Bajo este aspecto, y quizás otros, las exigencias del ED no se aplican al acto de prescribir considerado en sí mismo. Pero hagamos abstracción de estos aspectos y concentrémonos en los aspectos enumerados más arriba, con relación a los cuales la acción de prescribir es efectivamente una instancia del tipo de actividad al que se aplican las exigencias del ED. Una vez que vemos las cosas bajo esta luz, aparece una versión particular del ED que incluye las condiciones que han de ser satisfechas, por un cierto modo de guiar el comportamiento humano, si es que ha de ser exitoso en su cometido. Es decir, una versión del ED que incluye aquello que, de hecho, se ve involucrado en un particular método de control social que consiste principalmente en la emisión de prescripciones, esto es, de directivas comunicadas a ciertas personas, de quienes se espera las comprendan y se conformen a ellas<sup>34</sup>. Esto incluye, claramente, órdenes respaldadas por amenazas, pero no se limita a ellas. Comprende (con algunas precisiones que serán señaladas más adelante) todos los casos de *decir*

---

que existan prescripciones no estándares. (véase *infra*, n. 56 y CELANO forthcoming B). Se tratará de casos de abuso de la institución de prescribir. Así, por ejemplo, un asunción que hace posible la emisión de prescripciones, y el establecimiento de relaciones prescriptivas, es que la legisladora desea que el destinatario haga lo que ella le dice (VON WRIGHT, 1963: 7, 119; *Id.*, 1983: I, 8; CELANO, 1990, 127). Esta asunción, si bien puede estar sujeta a excepciones, es *típicamente* verdadera. La explícita negación de esta condición impediría la existencia de prescripciones («Te ordeno que hagas A, pero no me importa si lo haces o no»; véase SEARLE, 1969: 60, 64 y ss.). Bajo la luz de esta asunción, el principio «*debe*» implica «*puede*» se aplica a las prescripciones (así, por ejemplo, sonaría bastante rara una prescripción que imponga una acción que se sabe es físicamente imposible de realizar). Del mismo modo, las pretendidas relaciones lógicas entre prescripciones podrían ser interpretadas, *via* la asunción de que quien prescribe algo a una persona desea que esta última lo haga, como criterios de racionalidad de la voluntad legislativa (VON WRIGHT, 1983; BOBBIO, 1971; CELANO, 1990: 268-282).

<sup>33</sup> WALDRON (2007: 109-10) correctamente observa que el modo en que L. L. FULLER trata el tema en FULLER, 1969: cap. 2, «ilustra una fuerte (...) tendencia a asociar el Estado de derecho con las características formales de la legislación, que la diferencian de otras formas de derecho o de producción normativa». Véase también VIOLA, 2008: 159.

<sup>34</sup> No hago más que parafrasear a HART (1961: 202), donde se refiere a «todo método de control social» consistente principalmente en «estándares generales de comportamiento» dirigidos a «clases de personas».



a otro lo que debe hacer<sup>35</sup>. En lo que sigue denominaré a esta forma de ED «ED Iluminista» (EDI) ya que incluye desiderata, quizás simples más o menos utópicos y eminentemente racionalistas (véase *infra* 6). EDI da un lugar de privilegio a la legislación en aquello que se refiere al desarrollo y el funcionamiento del derecho.

Algunos comentarios adicionales acerca del papel de la legislación en el EDI.

(1) Algunas concepciones del ED lo presentan como un modo de ordenar las interacciones humanas que constituye el feliz resultado de un proceso espontáneo, gradual y no intencional y cuya administración y desarrollo han sido confiados a la razón «artificial» de los tribunales. Pero, tal como señala J. WALDRON, tales puntos de vista olvidan «las dificultades del Common Law con relación al Estado de derecho —su opacidad, su desarrollo *ad-hoc*, su impredecibilidad, su inherente retroactividad»<sup>36</sup>. No es necesario decidir esta controversia aquí, bastará con mostrar cuáles son las credenciales de la versión «legislativa» de ED.

(2) La noción de ED orientado hacia la legislación —EDI— va en contra del bien conocido contraste entre ED y «gobierno de los hombres». Pero este contraste es, en realidad, un mito<sup>37</sup>. Tradicionalmente, los aspectos formales o institucionales y procedimentales del ED han desempeñado un rol central en el ideal y, en ambos casos, «la importancia de estas características en la tradición del Estado de derecho desmiente cualquier afirmación según la cual la legislación es incompatible o contraria al Estado de derecho»<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> En este punto son necesarias dos aclaraciones. (1) Para hacer lugar a las reglas que confieren poderes (y, en especial, a reglas que confieren poderes a los ciudadanos privados para alcanzar algunos de sus propios fines: «Si desea hacer esto, entonces éste es el modo de hacerlo», HART, 1961, 28), esta frase, tal como la uso aquí y en lo que sigue, debe ser entendida como incluyendo casos de *decir a las personas de qué modo perseguir los fines que desean alcanzar* (o casos de *decir a las personas cómo hacer lo que desean hacer*). (Véase RAZ, 1977: 215: «las reglas que confieren poderes están diseñadas para guiar el comportamiento».) Entendido de este modo, «prescribir» cubre tanto la emisión de directivas obligatorias como la emisión de reglas que confieren poderes. (2) «Decir» a otras personas lo que deben hacer, tal como lo entiendo aquí, se refiere a la *emisión* de prescripciones, y no a enunciados «no comprometidos» acerca de lo que el destinatario debe hacer según un determinado conjunto de prescripciones (RAZ, 1979: 153-157).

<sup>36</sup> WALDRON, 2007: 95; véase también BOBBIO, 1961: 91-96. *Contra* VIOLA 2008: 159-164.

<sup>37</sup> Véase RAZ, 1977: 212; BOBBIO, 1983; MARMOR, 2004: 2-3; WALDRON, 2007: 101-104.

<sup>38</sup> WALDRON, 2007: 104. Véase también *ibid.*: «los teóricos tradicionales del Estado de derecho» (e.g., FULLER) han enfatizado «exigencias procedimentales, como el debido proceso legislativo y la separación de poderes, y exigencias formales, como la generalidad, la publicidad, la prospectividad, la constancia, etc.»; «estos estándares implícitamente reconocen que el derecho es un instrumento empuñado por hombres; la posición tradicional concede que gobiernan los hombres, simplemente insiste en que su gobierno se encuentre sujeto a las exigencias formales y procedimentales que impone la legalidad».



No intento aquí excluir la posibilidad de dar un significado preciso a la antítesis «gobierno de las leyes» vs. «gobierno de los hombres». Por ejemplo, un modo no mítico de entender el contraste entre los dos es el sugerido por F. SCHAUER (2003, 276). Las generalizaciones, es decir, el tratar casos diferentes de manera parecida, son, señala SCHAUER, ubicuas en la práctica jurídica (tal como se evidencia en el modo de tomar decisiones basado en reglas, en el seguimiento de precedentes y en la práctica de dar razones). Y SCHAUER sostiene «cuando el “gobierno de las leyes” se compara con el “gobierno de los hombres”, la idea central es que el poder, la creatividad, la iniciativa y la discreción individuales poseen también un lado oscuro. El gobierno de los hombres estaría bien si todos los hombres fueran buenos, pero cuando muchos hombres no lo son, y cuando un cierto grado de aversión al riesgo se encuentra justificado, en ese caso, preferimos sacrificar el más positivo de los esfuerzos de los mejores hombres, para protegernos del más negativo de los esfuerzos de los peores. (...) [E]l derecho puede ser concebido como la institución que tiene a su cargo impedir los peores abusos, aun a costa de dificultar el mejor de los cambios» (*ibid.*).

Y, podríamos agregar, existe algo así como un gobierno (constitucional) limitado o «gobierno bajo las leyes». Pero, a menos que «derecho» esté aquí por derecho natural, es necesario admitir, bajo este modo de entender la antítesis tradicional, la idea de que son los hombres los que hacen las leyes. Por lo que, cuando los hombres gobiernan «bajo la ley», son hombres que gobiernan bajo leyes hechas por los hombres. Y, de hecho, el modo en que Schauer entiende la antítesis tradicional implica que las reglas y generalizaciones que restringen la discrecionalidad de los funcionarios son ellas mismas hechas por los hombres. Así entendido, el contraste es un contraste acerca de la ubicación del poder decisorial, esto es, acerca de qué es deseable cuando cierto tipo de decisiones han de ser tomadas por cierto tipo de decisores, si es deseable decidir sobre la base de generalizaciones protegidas (establecidas, a su vez, por otros decisores humanos) o sobre la base de un «particularismo basado en reglas», en lugar de decidir de modo (puramente) particularista (SCHAUER, 1991: ch. 7). Entendido literalmente, creo, no existe algo así como «el gobierno de las leyes, no de los hombres»<sup>39</sup>.

(3) Puede ser que haya varias razones ético políticas, de mayor o menor peso, para asumir como un ideal la concepción del ED que, tal como lo hace el EDI, resalta el papel de la legislación en el desarrollo y el funcionamiento del derecho<sup>40</sup>. Su conexión con la neutralidad es sólo una de estas razones (*infra* 6).

<sup>39</sup> O, alternativamente, *todos* los sistemas jurídicos son casos de «gobierno de las leyes, no de los hombres» (KELSEN, 1945: 36; véase CELANO, 2000, y también RAZ, 1977: 212).

<sup>40</sup> Véase, por ejemplo, WALDRON 2007, 99-100 («por lo general, la legislación se caracteriza por otorgar importancia a las personas comunes dentro del Estado de derecho, involucrándolos

(4) Al concentrarme en la actividad de prescribir, y en las relaciones prescriptivas consideradas en sí mismas, estoy haciendo abstracción de la complejidad de los aspectos procedimentales e institucionales que caracterizan a la legislación, propiamente dicha, en los sistemas jurídicos desarrollados. Si bien estos aspectos podrían también ser interpretados como una manifestación del ED, o como impuestos por consideraciones relativas al ED<sup>41</sup>, no exploraré aquí esta vía de análisis. Prescribir es, por así decirlo, legislar en su mínima expresión. Ciertamente, emitir prescripciones puede también ser el instrumento de decisiones *ad hoc*. Los aspectos del prescribir sobre los que me concentraré, y que le otorgan su particular neutralidad, no son, sin embargo, específicos de la emisión de órdenes *ad hoc*.

De este modo, asumiré que el simple hecho de que alguien intente que otras personas hagan algo mediante el expediente de decirles que lo hagan (y la relación que se establece cuando esto tiene lugar) es un modelo adecuado para entender qué es lo que sucede en el caso de la legislación propiamente dicha (aun cuando, ciertamente, no se trate de un abordaje exhaustivo de esta última). Esta afirmación no es para nada obvia, o indiscutida (véase, por ejemplo, HURD, 1990: parte II). Si bien bajo muchos aspectos, la actividad de una legislatura, en una democracia moderna, no puede ser asimilada a este modelo simple (WALDRON, 1999a: parte I; *Id.*, 1999b: 26-8), no intentaré defender esta asunción aquí.

## 6. NEUTRALIDAD (II): LA INHERENTE NEUTRALIDAD DE LAS PRESCRIPCIONES

La segunda conexión entre el PJN y la neutralidad (*via* el ED) proviene de la «inherente neutralidad» de las prescripciones. Las leyes que satisfacen las exigencias del ED pueden tener casi cualquier contenido. Pero, sugiero, lo que hay de peculiar en ED es la *forma* en la que el poder es ejercido. El ED es, en primera instancia, un modo específico de ejercicio del poder.

Ciertamente no es inusual caracterizar al ED como «un modo particular de ejercicio del poder político». Cuando el ED es caracterizado de este modo y entendido como «gobierno a través de las leyes», suele oponérselo al «gobierno managerial o mediante decretos»<sup>42</sup>. O, también, suele oponérselo al poder «arbitrario», entendiéndose por poder arbitrario el ejercicio del

directa o indirectamente, en términos de igualdad política, en la producción de las leyes», *ibid.*, 100). Claramente WALDRON está pensando aquí en la legislación *democrática*.

<sup>41</sup> Véase *ibid.*: 107.

<sup>42</sup> Las citas son de WALDRON, 2008a: 78.

poder público en favor de intereses privados (RAZ, 1977: 219-220). Estos contrastes no son erróneos, por supuesto. Pero, sugiero, para entender qué es lo que de manera peculiar caracteriza al ED (y al EDI) y para advertir qué es lo que hay de neutral en ellos, es necesario extender el alcance de la comparación. Es necesario comparar al ED (y específicamente al EDI) con otros modos de ejercicio del poder sobre seres humanos —modos que de ninguna manera son anómalos, raros o bizarros, pero que, sin embargo, suelen ser ignorados en el debate—<sup>43</sup>. El poder ejercido mediante el *decir* a los destinatarios cómo comportarse del modo deseado —tal como el poder ejercido mediante la emisión de leyes que satisfacen las exigencias del EDI— ha de ser distinguido del ejercicio del poder mediante otros medios, o mediante medios lingüísticos usados de modo diferente. De este modo, ha de ser distinguido del poder simbólico, carismático o pastoral<sup>44</sup>; del poder ejercido mediante manipulación, propaganda, adoctrinamiento u otras formas de engaño (tales como, por ejemplo, el poder ejercido a través de la mentira, o el poder ejercido modificando subrepticamente las opciones disponibles para el agente); y, finalmente, de la persecución o el poder disciplinario (*pouvoir disciplinaire*, FOUCAULT, 1975: 159-227), del castigo silencioso, y de la pura interferencia física.

Son dos las características que permiten distinguirlo de estas otras formas de poder: (1) es racional; (2) es público, transparente, ejercido al descubierto. Me explico.

Cuando el gobierno trata a los sujetos de acuerdo con el EDI, los trata como adultos capaces de tomar sus propias decisiones sobre la base de sus propias preferencias y comprensión de los hechos relevantes. Les dice explícitamente «Deseo que actúen de tal y cual modo; en caso que no lo hagan estas serán las consecuencias —sufrirán tal y cual daño—; ahora bien, es vuestra decisión». Comparemos este modo de ejercer el poder sobre los seres humanos con el modo en el que por lo general suelen ser tratados los niños. Para lograr que un niño haga lo que se le dice solemos decirle mentiras («El negocio de dulces está cerrado ahora»), o fingimos la posibilidad de que avengan consecuencias negativas que en realidad no existen («El lobo vendrá y te llevará»), es decir, deformamos la realidad de diferentes maneras. Otras veces, manipulamos su entorno o sus preferencias sin que se den cuenta, actuando, por así decirlo, a sus espaldas. Otras veces aún, para hacer que hagan lo que les decimos, recurrimos a una cierta aura de autoridad paternal o simbólica. Actuando de este modo, no le reconocemos a los niños la

<sup>43</sup> Véase, no obstante, el análisis que hace RAZ de la «esclavitud» y de la «manipulación» en RAZ, 1977: 221; y el análisis que MARMOR (2004: 15-6) hace de la «publicidad subliminal».

<sup>44</sup> Sobre el poder «pastoral» véase FOUCAULT, 1981.

dignidad de agentes responsables, capaces de elegir autónomamente, es decir, no los tratamos como agentes responsables capaces de —o con derecho a— tomar sus propias decisiones sobre la base de preferencias y creencias que, de hecho, son realmente las suyas (sobre la base, así, de su comprensión del modo en que las cosas están, o del modo en que ellos ven las cosas, en lugar de hacerlo sobre la base de una comprensión errónea de la realidad que nosotros hemos, intencionalmente, inducido en ellos)<sup>45</sup>.

Intentemos entonces precisar cuál es el alcance de este contraste. Nos encontramos frente a una situación simple: X emite una prescripción dirigida a Y, por ejemplo X ordena a Y hacer algo, y su orden está respaldada por la amenaza de infligir a Y un mal en caso que no la cumpla. Esta última es la situación que HART (1961) denominó «la situación del asaltante». En lo que sigue usaré esta etiqueta puesto que me permite enfatizar que, en este contexto, me estoy refiriendo también a esa situación. Ello, sin embargo, no debe hacernos olvidar que la situación del asaltante es sólo una de las distintas formas que puede asumir la relación prescriptiva. En lo que estoy interesado es, en general (si bien con algunas especificaciones), en el modo de ejercicio del poder que consiste en el intentar que alguien haga algo diciéndole que lo haga.

La situación del asaltante posee dos características básicas: se apoya en la racionalidad de las partes y es completamente pública. (Se trata de características que *típicamente* poseen las prescripciones y que pueden estar sujetas a excepciones. Es decir, es posible que existan prescripciones no estándares.)

(1) *Racionalidad*. En la situación del asaltante, a pesar de las apariencias, la racionalidad lo invade todo. La situación del asaltante es, claramente, una forma de interacción *racional* —es decir, un tipo de situación cuya descripción, para ser adecuada, debe incluir la premisa de que las partes involucradas poseen, y son capaces de ejercer, habilidades exquisitamente racionales, o que sus actitudes, decisiones y acciones satisfacen los estándares mínimos de racionalidad— (CELANO, 2002: 2.1.). Ciertamente, en la situación del asaltante X ejerce un tipo de influencia causal sobre Y. Pero, a diferencia de lo que ocurre en los casos de, por ejemplo, pura fuerza física o de directa manipulación de las preferencias del agente o de influencia simbólica, la influencia ejercida sobre el comportamiento del sujeto se ve mediada por (y, por tanto, depende de, y exige) el ejercicio, por parte del individuo cuyo comportamiento se ve afectado, de un conjunto variado y complejo de capacidades y habilidades racionales.

---

<sup>45</sup> Lo que importa aquí no es que las preferencias y las creencias no sean el resultado de un proceso condicionado o de otro tipo de proceso poco fiable. Lo que importa es, en cambio, que *nosotros* no somos responsables de este proceso.

(a) El asaltante presupone que el individuo, cuyo comportamiento se ve afectado por su orden, es un agente racional. «Racionalidad» designa aquí, en primera instancia, la habilidad de entender el enunciado proferido, captar su significado y fuerza. El acto de emitir una orden respaldada por una amenaza es un acto lingüístico comunicativo. La orden es un mensaje dirigido a alguien que, se asume, es capaz de entender el mensaje y de actuar en uno u otro modo sobre la base de esta comprensión. (A esto se debe que por lo general se asume —y se trata de una asunción bastante plausible— que no tiene sentido dirigir una orden respaldada por amenazas a una piedra, a un color o a un número.)

La situación del asaltante es, de este modo, una situación cuya descripción (si es adecuada) implica que el individuo cuyo comportamiento se ve afectado posee competencias comunicativas altamente desarrolladas. Específicamente, competencias lingüísticas que incluyen el manejo de conceptos, es decir, la habilidad de captar y aplicar conceptos.

Asimismo, una orden respaldada por una amenaza es emitida, por lo general, con una cierta intención, y su funcionamiento descansa sobre la exitosa expresión e identificación de un conjunto complejo de intenciones interrelacionadas (GRICE, 1957; STRAWSON, 1964: 256-257; SCHIFFER, 1972: 19; CELANO, 1990: 127-151, 205-213; véase también RAZ, 1996b: 283). Típicamente, el legislador posee, primero, la intención de hacer que la destinataria realice una determinada acción; y, segundo, tiene la intención de hacer que la destinataria realice una cierta acción como consecuencia de la emisión de la orden. Tercero, tiene la intención de hacer que la destinataria realice una cierta acción (como consecuencia de la emisión de la orden) mediante el reconocimiento, por parte de la destinataria, de esas mismas intenciones. Para que una prescripción exista, no es suficiente que la finalidad del legislador sea que la destinataria actúe tal como él lo desea y que la destinataria actúe, tal como el legislador lo desea, como consecuencia de que el legislador ha emitido una prescripción. Es necesario, además, «que el hablante tenga la intención de que la destinataria reconozca que ésta es la finalidad con la que habla»<sup>46</sup>, y que esa intención sea reconocida. Al emitir una prescripción, el legislador asume que la destinataria es capaz de advertir —y de expresar que advierte— un complejo conjunto de intenciones entrelazadas. Se asume que la destinataria es capaz de comprender: (i) que el hablante desea que se comporte en un cierto modo; (ii) que el hablante desea lograr que se comporte en un cierto modo; (iii) que el hablante desea producir este resultado como consecuencia del haber proferido una oración; (iv) que el hablante

<sup>46</sup> HART, 1961: 235; véase también *Id.* 1982: 250-252. Este es el conjunto de intenciones que constituye lo que H. P. GRICE (1957) ha denominado «significado no natural».



desea producir este resultado en virtud de que la destinataria reconozca el conjunto de intenciones (i) a (iv). Así, para que una prescripción influya en el comportamiento de su destinataria, del modo en el que se desea que lo haga, es necesario que la destinataria comprenda que su comprensión de la prescripción —la comprensión misma— es una condición necesaria para que se produzca el resultado deseado.

En definitiva, al afirmar que la situación del asaltante es un caso de interacción racional, lo que entiendo por «racionalidad» es una habilidad del individuo de comprender un mensaje con significado no natural que le es dirigido —una habilidad que, a su vez, involucra el manejo de conceptos y la habilidad de poseer, reconocer y expresar el reconocimiento de estructuras intencionales complejas—. Como consecuencia, la influencia ejercida por el legislador sobre la destinataria puede ser concebida como un tipo de influencia «causal *cum* racional». Para que el comportamiento de la destinataria se vea afectado en el modo deseado, ha de comprender qué, y en qué modo, está siendo afectado. Una prescripción es un tipo de herramienta que funciona (cuando funciona como se pretende que funcione) sólo si el objeto causalmente afectado comprende qué y cómo la herramienta está funcionando. Bajo este aspecto, se trata de un tipo de herramienta muy diferente de aquellas cuyo funcionamiento descansa sólo en un proceso físico. [Imagine-mos un martillo que funcionara, para clavar clavos, sólo si los clavos comprenden (i) que están siendo calvados, y (ii) las leyes físicas según las cuales el golpe del martillo causa que estén siendo clavados.] La comprensión por parte de la destinataria del proceso que la lleva a actuar en el sentido relevante es un paso necesario del proceso mismo.

(b) Pero ¿cómo puede la comprensión de una determinada preferencia hacer que un individuo actúe de una manera y no de otra?

X ordena a Y realizar la acción A, y la amenaza con la imposición de una sanción —algo desagradable— en el caso que Y no obedezca. Si Y comprende la orden (y la amenaza que la acompaña), y si X es efectivamente capaz, y tiene la intención (o, al menos si Y cree que X es capaz)<sup>47</sup> de aplicar la sanción en caso de desobediencia, puede darse el caso que Y decida, sobre la base de su comprensión de la orden y de su deseo de evitar la consecuencia desagradable, hacer lo que X le ha ordenado. Esto ilustra un sentido ulterior en el que la influencia de una prescripción sobre el comportamiento de la destinataria puede ser considerada una especie de influencia «casual *cum* racional». El ejercicio de influencia sobre el comportamiento de la destinataria depende de, y se basa en, un razonamiento de esta última consistente en trazar la conclusión de una inferencia (por ejemplo, «A me-

<sup>47</sup> Aquí dejaré de lado esta complicación.



nos que haga A, recibiré la sanción S; no deseo recibir la sanción S; por lo tanto, debo hacer A»)<sup>48</sup>.

Así, las órdenes respaldadas por amenazas «funcionan» —i. e., logran producir el resultado buscado— apoyándose en la habilidad de los destinatarios para llevar a cabo inferencias prácticas y para actuar de acuerdo a las conclusiones. El particular modo en el que opera una prescripción se encuentra, dicho brevemente, mediado por el razonamiento práctico de su destinataria<sup>49</sup>.

Ordenando lo dicho hasta aquí, es posible advertir que una prescripción se dirige a un individuo, de quien se supone que posee la capacidad para comprender la preferencia de un enunciado, que es, además, capaz de decidir sobre la base de esta comprensión y de actuar de un cierto modo y no de otro. Es decir, se asume que la destinataria es capaz de tomar decisiones sobre la base de un balance de razones a favor y en contra de la obediencia. De este modo, el tipo de influencia, causal, que se supone ejerce una prescripción puede ser considerado como un tipo de influencia racional, en tanto y en cuanto, el funcionamiento de una prescripción —que el comportamiento de Y se vea afectado por el hecho que X profiere un enunciado— (1) se basa en la capacidad de Y (y por supuesto también de X) de comprender un lenguaje —o sea, en su manejo de conceptos y en su habilidad para formar, expresar y detectar complejas estructuras in-

<sup>48</sup> Sobre esta variedad de inferencias prácticas véase VON WRIGHT, 1962. Esta es sólo una, entre muchas otras formas posibles.

<sup>49</sup> Específicamente, las órdenes respaldadas por amenazas funcionan (cuando funcionan) modificando el orden de las preferencias de la destinataria. Una cierta opción (por ejemplo, dar el propio monedero a un extraño) que el agente, si racional y dado el orden actual de sus preferencias, no habría elegido si la orden no hubiera sido emitida, se transforma en la opción preferida en virtud de la emisión de la orden y de la amenaza que la acompaña. De este modo, bajo una concepción simple de la racionalidad como maximización, elegir esa opción pasa a ser una exigencia racional (i. e. es ahora lo que un agente racional debería hacer dado el nuevo orden de sus preferencias). El comportamiento de acuerdo con la orden es objeto de una decisión, esta decisión es, a su vez, el resultado de un razonamiento práctico. Efectivamente, la orden afecta el orden de las preferencias de la destinataria, pero lo hace de un modo particular, un modo bastante diferente del modo en que lo hace la manipulación subrepticia («a sus espaldas») de las preferencias del agente, por ejemplo, vertiendo, sin que lo advierta, una droga en su bebida o intentando lavarle el cerebro. En estos últimos casos, X opera «a espaldas» de Y en el sentido que X produce el resultado que desea —hacer que una cierta opción se transforme en la preferida de Y (alterando el orden de preferencias de Y)— ejerciendo una influencia puramente causal. Típicamente, el agente ignorará el modo en el que el orden de sus preferencias se ha visto alterado. En el caso de una orden respaldada por amenazas, por el contrario, el agente se enfrenta cara a cara con una decisión. El hecho que Y sea consciente del mecanismo mediante el cual X intenta hacer que se comporte en un cierto modo y el hecho que Y tenga en cuenta el modo en el que ese mecanismo funciona, son parte constitutiva del funcionamiento mismo del mecanismo en cuestión. Una orden respaldada por amenazas es un dispositivo que funciona sólo si el individuo sobre el cual se ejerce presión comprende que, y cómo, una cierta influencia está siendo ejercida sobre él. Cuando una orden respaldada por amenazas es exitosa, su destinataria elige o decide obedecerla (*coactus tamen voluit*).

tencionales de tipo griceanas; (2) se basa en que Y —y X— lleven a cabo un razonamiento y, en especial, en el hecho que X prevea el razonamiento práctico de Y (incluyendo el modo en que Y se representa, a su vez, el razonamiento práctico de X y su previsión), y (3) bajo ambos aspectos, descansa sobre el hecho que Y comprenda también este mismo funcionamiento. Es en virtud de estas características que, pienso, la situación del asaltante puede ser caracterizada como una forma de interacción racional, *i. e.*, una especie de situación que puede ser adecuadamente descrita sólo si asumimos —o presuponemos— que los individuos involucrados se encuentran dotados de racionalidad<sup>50</sup>.

(2) *Conocimiento común*. El tipo de poder que estamos analizando es un tipo de poder cuyo ejercicio tiene lugar al descubierto entre el legislador y la destinataria de la prescripción.

Para que un legislador sea capaz de alcanzar su cometido, es necesario que haga conocer a la destinataria su intención, es decir, la intención de hacer que la destinataria lleve a cabo una cierta acción como resultado de la preferencia de un enunciado. Sin embargo, ello no es suficiente para que la preferencia cuente como una prescripción. Para que sea posible excluir modos extraños de influenciar el comportamiento de los demás a través de medios lingüísticos (STRAWSON, 1964: 256-257, 263; SCHIFFER, 1972: 30), es necesario que se satisfaga la condición de conocimiento común. Al prescribir, el legislador tiene la intención de hacer que la destinataria realice una cierta acción en virtud de que, la destinataria, reconozca esa intención (véase *supra*). Así, una preferencia puede contar como prescripción sólo si la destinataria cree que el legislador posee la estructura intencional en cuestión, si cree que el legislador cree que ella cree que la posee y así sucesivamente. Del mismo modo, es necesario que el legislador crea que la destinataria reconoce esta estructura, que crea que ella cree que él cree esto, y así sucesivamente. En breve, una prescripción ha sido emitida —y una relación prescriptiva se ha establecido entre X e Y— sólo si se verifica este especial sistema de creencias mutuas y entrelazadas. O, lo que es lo mismo, sólo si es de conocimiento común (o muto) entre el legislador y la destinataria que la prescripción ha sido emitida.

Ésta es, de nuevo, la idea de publicidad (*supra*, 4). Legislar —*i. e.*, emitir prescripciones— satisface con creces esta exigencia.

<sup>50</sup> J. AUSTIN era bien consciente de esto; véase AUSTIN, 1832: 18 y 20; este es también el punto de vista de Bentham (véase HART, 1982: 244, 251). Véase también RAZ, 1977: 222: «un sistema jurídico que, en general, respeta el estado de derecho (...) intenta guiar el comportamiento [de las personas] modificando las circunstancias de su acción. El derecho presupone, en este caso, que son (...) criaturas racionales e intenta influenciar sus acciones y sus hábitos influyendo en sus deliberaciones».

En definitiva, el modo de ejercer el poder que he analizado, consistente en intentar que alguien realice determinada acción diciéndole que lo haga, posee dos características básicas: se apoya en el comportamiento racional de los involucrados y es completamente público. Cuando el poder es ejercido de este modo —y se satisfacen así las exigencias del EDI— se logra, sugiero, un tipo de neutralidad. La legislación neutraliza algunas de las diferencias entre el legislador y la destinataria, nivelando, en cierto sentido, sus respectivas posiciones. Con esto quiero decir dos cosas.

(1) En una relación prescriptiva, el legislador y la destinataria se encuentran en una posición de reciprocidad. Interactúan como agentes racionales, bajo la luz de un conjunto apropiado de creencias mutuas referidas, *inter alia*, a su estatus de agentes racionales. Es decir, ambos asumen que el otro se encuentra dotado de las habilidades racionales relevantes. Bajo este aspecto sus posiciones se encuentran —hasta un cierto punto, claro— niveladas. Ambos se encuentran por igual involucrados en una actividad de comunicación recíproca.

(2) En una relación prescriptiva, el sujeto a quien se dirige la prescripción en cuestión es tenido, por así decirlo, a una cierta distancia. La destinataria no es concebida por el legislador como un mero apéndice o extensión de su propio cuerpo, o como un mero instrumento, o como un recurso más entre aquellos disponibles, o como un mero elemento del entorno que puede ser manipulado. La eficacia causal sobre el comportamiento de la destinataria se encuentra mediada por el modo en que ella percibe la influencia ejercida y esto es conocimiento común entre ambos.

Quizás todo esto parezca un tanto exagerado. A veces, las órdenes respaldadas por amenazas suelen ser violentas y brutales. Podría tratarse de órdenes que el amo dirige a sus esclavos. El funcionamiento de la petición podría apoyarse en fuerzas de gran magnitud y en incentivos muy poderosos, tales como el amor paternal o la amenaza implícita de abandono (algunas «ofertas» simplemente no pueden ser «rechazadas»<sup>51</sup>). Las dos características que he enumerado, sin embargo, se refieren a la forma o estructura de la relación (al menos en aquellos casos en los que las condiciones que excluyen aquellas «ofertas que no pueden ser rechazadas» se ven satisfechas)<sup>52</sup>. Esta doble diferencia puede advertirse, pienso, si comparamos la emisión

<sup>51</sup> Agradezco a José Juan MORESO el haberme recordado esta cuestión.

<sup>52</sup> Piénsese, por ejemplo, en las amenazas que poseen la forma «El dinero o la vida». Estas amenazas no son un ejemplo de la estructura descrita en el texto, puesto que no ofrecen una alternativa a la destinataria. Si la destinataria obedece, el asaltante obtendrá su dinero. Si la destinataria no obedece, el asaltante tomará su vida y su dinero. Se trata, en realidad, de una alternativa mal formada o, mejor dicho, no se trata para nada de una alternativa, puesto que la última hipótesis incluye la primera (es decir, ambas hipótesis no son lógicamente independientes).

de una prescripción con el recurso a la pura fuerza física o a la subrepticia manipulación del entorno de la destinataria<sup>53</sup>. Bajo ambos aspectos, pienso, una característica distintiva de las relaciones de prescripción es que las autoridades miran a sus súbditos como, literalmente, destinatarios, es decir, como individuos capaces (y merecedores, ver *infra*) de ser destinatarios. Tomando prestada una frase de STRAWSON, tratarlos como destinatarios implica abandonar una «actitud objetiva», «una actitud puramente objetiva que ve al agente como un mero problema de comprensión intelectual, merecedor de tratamiento, administración y control»<sup>54</sup>.

Así, la legislación neutraliza, en un cierto sentido, las asimetrías entre el legislador y la destinataria, nivelando sus posiciones. En este sentido, las prescripciones son dispositivos inherentemente neutrales de ejercicio del poder. No se trata aquí de una neutralidad sustantiva, en el sentido de no tomar posición a favor de un particular individuo o grupo de individuos. Por lo que se refiere a su contenido, las leyes que satisfacen las condiciones que impone el EDI no tienen, en sí mismas, nada de neutrales<sup>55</sup>. Lo que he llamado su inherente neutralidad concierne a su forma, al tipo de actitud comunicativa que implica su funcionamiento.

Las prescripciones que satisfacen la TF son un magnífico ejemplo de este modelo. De hecho, las prescripciones típicamente se encuentran, en

---

<sup>53</sup> ¿El poder carismático no funciona también diciéndoles a las personas lo que deben hacer? No en el modo que he descrito. El poder carismático, por hipótesis, no ofrece a los sujetos una opción, puesto que no descansa en la capacidad de los destinatarios para sopesar las razones a favor y en contra de hacer lo que el líder carismático ordena. Por el contrario, funciona en virtud de una suerte de magnetismo (como sea que esto pueda ser explicado) que una persona ejerce sobre otra. Es en virtud de este magnetismo que puede llamarse «líder», y no «legislador», a quien ejerce el poder carismático.

<sup>54</sup> STRAWSON, 1962: 87. «Adoptar la actitud objetiva hacia otro ser humano es verlo, quizás, como un objeto de política social; como un sujeto que, en un sentido amplio, necesita tratamiento; como algo que ciertamente merece la pena ser tenido en cuenta, pero, quizás, sólo por precaución; como algo que ha de ser administrado, manejado, curado o entrenado» (*ibid.*: 79). Strawson escribe que «si su actitud hacia alguien es completamente objetiva, entonces, si bien usted podría luchar con esa persona, seguramente no podrá discutir con ella; si bien usted podría hablar, o incluso negociar, con esa persona, seguramente no podrá razonar con ella» (*ibid.*). Pero esto, me parece, minimiza lo que involucra el razonar con alguien *hablándole*.

<sup>55</sup> Espero que de lo dicho hasta aquí pueda advertirse con claridad que no defiendo una tesis según la cual el derecho es —o debe ser— valorativa o moralmente neutral. Esta tesis es simplemente insostenible. Véase, por ejemplo, RAZ, 1996a: 112, n. 17; GREEN, 2003: 4.3.: «el derecho nos es valorativamente neutral. Aun cuando algunos juristas perciben esta idea como una revelación (y otros como una provocación) se trata, en realidad, de una idea banal. La idea de que el derecho podría ser valorativamente neutral ni siquiera alcanza el lugar de una falsedad, se trata simplemente de una idea incoherente. El derecho es un sistema normativo, que promueve ciertos valores y reprime otros. El derecho no es neutral entre la víctima y el homicida, o entre el propietario y el ladrón. Cuando las personas se quejan de la falta de neutralidad del derecho, están en realidad exigiendo otra cosa, como que el derecho sea equitativo, justo, imparcial, etc. Para que el derecho sea capaz de alcanzar alguno de estos ideales es condición necesaria que no sea neutral, ni en sus metas ni en sus consecuencias».

cuanto tales, basadas en fuentes. Las directivas emitidas como prescripciones típicamente satisfacen, en cuanto tales, la TF. Sin embargo, ¿hay algo de valioso en este tipo de neutralidad?

De nuevo, el ED —y, específicamente, el EDI— es un ideal modesto. Es compatible con la violación de otros ideales. Pero, cuando tomamos en cuenta la inherente neutralidad de las prescripciones, podemos advertir que hay algo de valioso en el EDI.

Cuando el gobierno trata a los individuos de acuerdo con el EDI, los trata como agentes racionales, como capaces (1) de manejar conceptos y de detectar, captar, formar, expresar y, en general, embarcarse en complejas estructuras de intenciones comunicativas; (2) de tomar sus propias decisiones sobre la base de sus propias preferencias y su propia percepción de los hechos relevantes. Al tratarlos de este modo, el gobierno reconoce a los individuos la dignidad de seres que merecen se dirijan a ellos de manera pública y abierta y que merecen ser guiados mediante su propia comprensión del modo en el que se ejerce sobre ellos el poder.

En definitiva, al tratar a los sujetos de acuerdo con las exigencias del EDI el gobierno les reconoce la dignidad de agentes responsables, capaces de decidir autónomamente. En ese caso, el gobierno se dirige abiertamente a ellos, y trata de guiar su comportamiento a través de la comprensión, por parte de los sujetos mismos, de aquello que intenta hacer y de cómo intenta hacerlo. Dicho brevemente, el gobierno trata a los sujetos con, y les demuestra, *respeto*. (Recuérdese las diferencias con la manipulación, el adoctrinamiento, la propaganda, el engaño, la persecución, la *discipline*, el castigo silencioso.) Este modo de ejercer el poder, dije, es muy diferente del modo en el que las personas solemos dirigirnos a los niños para guiar su comportamiento. En este último caso solemos distorsionar la realidad, o, a sus espaldas, intentamos manipular el entorno o las preferencias del niño, o, también, recurrimos al efecto que puedan producir ciertos símbolos o el carisma. Por supuesto, a veces los adultos mismos suelen ser tratados de este modo, e incluso desean, o deben, ser tratados de este modo. Pero, más allá de esto, ciertamente no se trata de un trato respetuoso<sup>56</sup>.

<sup>56</sup> Recuérdese que aquí estamos analizando casos estándar. Ciertamente los abusos son posibles. Así, por ejemplo, un modo interesante en el que una persona puede adquirir y ejercer poder sobre los seres humanos es induciendo en ellos, o bien un fuerte sentimiento de culpa, o bien la creencia de ser constitutivamente incapaces o débiles y proponiéndose como la sanadora (ya sea porque la persona en cuestión se presenta como la única autorizada para perdonar sus culpas o como la única que sabe cómo, y es capaz de, socorrerlos en su incapacidad o debilidad). Un modo para lograr esto es emitir prescripciones que se sabe los destinatarios no serán capaces de cumplir o fijando estándares bajo los cuales, sabemos, los destinatarios no serán capaces de vivir. *I. e.*, eludiendo la exigencia de que quien prescribe algo desea que la destinataria haga lo que le es prescripto (véase *supra* n. 32) e intenta, mediante la emisión de la prescripción, que la



En tanto y en cuanto sean tratados como destinatarios de prescripciones los individuos serán tratados con *igual respeto*<sup>57</sup>. (Recuérdese que esto se refiere sólo a la forma de la relación y no a su contenido<sup>58</sup>.) Ciertamente, esto es compatible con numerosas formas de menosprecio o de injusta discriminación. Pero de todos modos, me parece, sigue siendo una característica valiosa de aquellas leyes que satisfacen la TF y las desiderata del EDI.

## 7. CONCLUSIÓN

Mi conclusión es, entonces, que si se desea sostener que existe un cierto sentido en el que el derecho debe ser neutral y, además, se desea dar un sentido claro, determinado y respetable a esta idea —que, de otro modo, resulta preocupantemente vaga y genérica—, entonces existe una buena razón para sostener que el derecho debería satisfacer la TF y cumplir las exigencias del EDI. Lo que quiere decir, en consecuencia, que existen buenas razones para defender el PJN.

He intentado dar contenido a esta afirmación exponiendo algunos de los modos en los que la idea según la cual el derecho debe ser neutral puede ser plausiblemente entendida y, correspondientemente, he intentado explicar

---

destinataria realice la acción deseada. En los casos mencionados, en realidad no se desea que los destinatarios hagan lo que (supuestamente) se les exige, es precisamente en virtud de su (prevista) no obediencia que se (pretende) adquirir poder sobre ellos.

<sup>57</sup> Éste es, creo, el punto de la crítica que BENTHAM dirige al Common Law como «Dog Law» (véase, por ejemplo, BENTHAM, 1970: 184, y POSTEMA, 1986: 277). Véase también MAC-CORMICK, 1985: 24-27.

<sup>58</sup> Existe, sin embargo, un continuo que va desde, en un extremo, las prescripciones que vehiculizan respeto hacia la destinataria y, en otro extremo, las prescripciones esgrimidas como armas por personas que sólo pretenden que otras personas hagan ciertas cosas o que, directamente, persiguen humillarlas. Las órdenes pueden ser espetadas de noche por guardias armados a los prisioneros, aterrorizados y hambrientos, de un campo de concentración, para que se muevan lo más rápido posible hacia sus barracones o hacia la cámara de gas. Si las prescripciones han de funcionar como vehículos de respeto, entonces estos casos han de ser excluidos, fijando condiciones adicionales. Una de estas condiciones es, pienso, que un conjunto significativo de opciones deben encontrarse disponibles para el destinatario en caso que decida actuar tal como se le ordena. (Por un lado, ya he sugerido una condición que permite excluir casos del tipo «una oferta que no puedes rechazar»; ahora, generalizando, si las prescripciones han de funcionar como vehículos de respeto, entonces debe encontrarse disponible para el destinatario un conjunto significativo de opciones en caso de desobediencia). De nuevo, deberíamos hacer lugar a la posibilidad de que, en algunas circunstancias, tratar a una persona como la destinataria de una prescripción (y por tanto, implicando que se encuentra dotada de la dignidad de los seres racionales) puede ser un modo de avergonzarla (gracias a Nicola MUFFATO por este punto). Es necesario notar también que la preferencia de enunciados en modo imperativo —o, en general, de enunciados que, de modo estándar, son usados para emitir prescripciones— puede dar lugar a respuestas reflejas o funcionar gracias a propiedades simbólicas. Las prescripciones, tal como son abordadas en el texto (y concebidas por el EDI), en cuanto el instrumento principal de gobierno, son un tipo comunicativo ideal.



por qué la conformidad con la TF y con las exigencias del ED —y, específicamente, del EDI— garantizan la neutralidad, en el sentido o sentidos relevantes<sup>59</sup>. Las leyes que satisfacen la TF y cumplen con la desiderata del ED alcanzan la neutralidad como indiferencia (en el caso de los problemas de coordinación propiamente dichos) y la neutralidad como equidad (*via* la fiabilidad de las expectativas mutuas, en los casos de problemas de interacción y de desacuerdo en los que el conflicto suele adquirir cierta envergadura). Asimismo, las leyes que cumplen con la desiderata del EDI o pueden alcanzar la neutralidad como igual respeto *via* la inherente neutralidad de las prescripciones.

Ambas perspectivas se combinan en el EDI. La primera conexión se combina con la segunda. Cuando el derecho satisface la TF y cumple con las exigencias del EDI, la equidad y el respeto hacia las personas se manifiestan en la estructura del derecho. O, en palabras de RAZ, «la observancia del Estado de derecho es necesaria si el derecho ha de respetar la dignidad humana» (RAZ, 1977: 221)<sup>60</sup>.

<sup>59</sup> «Neutralidad» no tiene un significado determinado. He intentado especificar, de varias maneras, el contenido de esta idea vaga y genérica. Estas especificaciones pueden también ser entendidas como diferentes —si bien relacionados— significados de un término ambiguo. (Agradezco a Pierluigi CHIASSONI y Francesco VIOLA por haber insistido sobre este punto.) Asimismo, la idea según la cual el derecho debe ser neutral podría ser concebida de manera tal que quedara ya comprendida en algunas de las exigencias que forman parte del ED. Por ejemplo, la idea de que el derecho debe ser general (tanto en relación con los sujetos como con las acciones exigidas) o el *desideratum* de que su administración sea confiada a tribunales imparciales. (Agradezco a Mauro BARBERIS, Paolo COMANDUCCI y Riccardo GUASTINI por esto.)

<sup>60</sup> La reciprocidad y la equidad (tal como se manifiestan en el funcionamiento de las leyes —entendidas, estas últimas, como dispositivos neutrales de interacción social que permiten estabilizar las expectativas mutuas—; *supra*, 4) también involucran —y expresan— el respeto hacia los seres humanos en cuanto agentes responsables, con derecho a elegir autónomamente. Tal como ha sido señalado por varios autores, esto es verdadero del ideal del ED en cuanto tal. Véase, por ejemplo, FULLER, 1969: 162-3; FINNIS, 1980: 272-273; MACCORMICK, 1985: 26; MARMOR, 2004: 21 (sobre la prospectividad), 32 (sobre la practicabilidad); WALDRON, 2008a: 76 (gracias a la conformidad con el principio de legalidad —esto es, con las exigencias del ED— las leyes logran *tanto* «eficacia desde el punto de vista de la autoridad» (la analogía de HART con la «artimaña de la droga»; eficacia en el hacer que las personas hagan lo que la autoridad quiere que hagan) como «eficacia para los sujetos» [«el objetivo de promover no las metas del gobernante, sino de dar lugar —un lugar *respetuoso*— dentro de los cálculos del gobernante a las metas de los individuos que viven bajo su poder» (el énfasis es mío)]. Vale la pena citar extensamente aquí el modo en el que RAZ presenta el punto. Según RAZ (1977: 221-2) «la observancia del Estado de derecho es necesaria si el derecho ha de respetar la dignidad humana. Respetar la dignidad humana implica tratar a los seres humanos como personas capaces de planear y trazar su futuro. Así, respetar la dignidad de las personas implica respetar su autonomía, su derecho a controlar su futuro». Existen, sostiene RAZ, dos modos en los que la inobservancia del ED «viola la dignidad humana», a saber, generando incertidumbre y frustrando las expectativas que el derecho mismo había alentado (una forma de «señuelo» que manifiesta «desprecio», «desprecio por la autonomía de las personas»). «Un sistema jurídico que, en general, respeta el Estado de derecho, es un sistema jurídico que trata a las personas como personas, al menos en el sentido que intenta guiar su comportamiento modificando las circunstancias de su acción. El derecho presupone, en este caso, que son criaturas racionales y autónomas e intenta influenciar sus acciones y sus hábitos

## BIBLIOGRAFÍA

- AUSTIN, J., 1832: *The Province of Jurisprudence Determined*, W. E. RUMBLE (ed.), Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
- BENNETT, T. M., 2004: «Acting in Concert or Going It Alone: Game Theory and the Law», *Law and Philosophy*, 23.
- BENNETT, M., 2007: «“The Rule of Law” Means Literally What it Says: The Rule of the Law: Fuller and Raz on Formal Legality and the Concept of Law», *Australian Journal of Legal Philosophy*, 32.
- BENTHAM, J., 1970: *Of Laws in General*, H. L. A. HART (ed.), London: University of London, The Athlone Press.
- BOBBIO, N., 1961: *Il positivismo giuridico*, Torino: Giappichelli, 1996.
- 1971: «Le bon législateur», *Logique et Analyse*, 14.
- 1983: «Governo degli uomini o governo delle leggi?», en BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino: Einaudi, 1984.
- CAMBELL, T., 1996: *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Aldershot: Dartmouth.
- CELANO, B., 1990: *Dover essere e intenzionalità. Una critica all'ultimo Kelsen*, Torino: Giappichelli.
- 2000: «Kelsen's Concept of the Authority of Law», *Law and Philosophy*, 19.
- 2002 *Introduzione alla teoria del diritto di H. L. A. Hart*. Dispense del corso di Teoria generale del diritto, Facoltà di Giurisprudenza, a.a. 2001-2002, Dipartimento di studi su politica, diritto e società, Università degli studi di Palermo.
- CELANO forthcoming A y Celano forthcoming B.
- CHIASONI, P., 1990: «L'interpretazione della legge: normativismo semiotico, scetticismo, giochi interpretativi», en AAVV, *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. II, Milano: Giuffrè, 1990.
- DICIOTTI, E., 1999: *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino: Giappichelli.
- ELSTER, J., 1983: «Rationality», en ELSTER, *Sour Grapes. Studies in the Subversion of Rationality*, Cambridge: Cambridge University Press, 1983.
- FINNIS, J. M., 1980: *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Clarendon Press.
- FOUCAULT, M., 1975: *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Gallimard, 2002.
- 1981: «Omnes et Singulatim: Towards a Criticism of “Political Reason”», en S. McMURRIN (ed.), *The Tanner Lectures on Human Values*, Salt Lake City: University of Utah Press, 1981.
- FULLER, L. L., 1969: *The Morality of Law*, edición revisada, New Haven: Yale University Press.
- GARDIER, J., 2001: «Legal Positivism: 51/2 Myths», *American Journal of Jurisprudence*, 46.
- GAUS, G. F., 2002: «The Legal Coordination Game», *American Philosophical Association*

---

influyendo sus deliberaciones». He intentado explicitar los distintos aspectos de esto, y he sostenido que las leyes que satisfacen la TF y cumplen con las exigencias del EDI tienen mayores posibilidades de poseer estas características en grado elevado.

- ciation Newsletter on Philosophy and Law*, 1.
- GAUTHIER, D., 1995: «Public Reason», *Social Philosophy and Policy*, 12.
- GREEN, L., 1988: *The Authority of the State*, Oxford: Oxford University Press.
- 2003: «Legal Positivism», en E. N. ZALTA (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (<http://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism/#Rel>).
- GRICE, H. P., 1957: «Meaning», en GRICE, *Studies in the Way of Words*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1989.
- GUASTINI, R., 2004: *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano: Giuffrè.
- HART, H. L. A., 1961: *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press.
- 1982: *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford: Clarendon Press.
- HURD, H. M., 1990: «Sovereignty in Silence», *Yale Law Journal*, 99.
- KELSEY, H., 1945: *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- LEWIS, D., 1969: *Convention. A Philosophical Study*, Oxford: Blackwell.
- MACCORMICK, N., 1985: «A Moralistic Case for Amoralistic Law?», *Valparaiso L. Rev.*, 20.
- MARMOR, A., 2004: «The Rule of Law and Its Limits», *Law and Philosophy*, 23.
- MOREO, J. J., 2005: «Positivismo giuridico e applicazione del diritto», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 35.
- POSTEIA, G. J., 1986: *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford: Clarendon Press.
- RAWLS, J., 1999: *Collected Papers*, S. FREEMAN (ed.), Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- RAZ, J., 1977: *The Rule of Law and Its Virtue*, en RAZ, 1979.
- 1979: *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford: Clarendon Press.
- 1985: «Authority, Law and Morality», en RAZ, *Ethics in the Public Domain*, Oxford: Clarendon Press, 1994, 1996<sup>2</sup>.
- 1986: *The Morality of Freedom*, Oxford: Clarendon Press.
- 1996a: «On the Nature of Law», en RAZ, 2009.
- 1996b: «Intention in Interpretation», en RAZ 2009.
- 2003: «About Morality and the Nature of Law», en RAZ, 2009.
- 2004: «Incorporation by Law», en RAZ, 2009.
- 2006: «The Problem of Authority: Revisiting the Service Conception», en RAZ, 2009.
- 2009: *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford: Oxford University Press.
- SCABELLI, U., 1965: *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, Comunità.
- SCHAEFER, F., 1991: *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford: Clarendon Press.
- 2003: *Profiles, Probabilities, and Stereotypes*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- SCHER, S., 1972: *Meaning*, Oxford: Clarendon Press, 1988.
- SEARLE, J. R., 1969: *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge: Cambridge University Press.

- STRAWSON, P. F., 1962: «Freedom and Resentment», en STRAWSON (ed.), *Studies in the Philosophy of Thought and Action*, Oxford: Oxford University Press, 1968.
- 1964: «Intention and Convention in Speech Acts», en STRAWSON, *Logico-linguistic Papers*, London: Methuen, 1971.
- ULLMANN-MARGALIT, E., 1981: «Is Law a Co-ordinative Authority?», *Israel Law Review*, 16.
- VIOLA, F., 2008: «Il "Rule of Law" e il concetto di diritto», *Ragion pratica*, n. 30.
- WALDRON, J., 1989: «Legislation and Moral Neutrality», en WALDRON, *Liberal Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993.
- 1999a: *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press.
- 1999b: *The Dignity of Legislation*, Cambridge, Cambridge University Press.
- 2000: «Lex Satis Iusta», *Notre Dame L. Rev.*, 75.
- 2001: «Normative (Ethical) Positivism», en J. COLEMAN (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- 2002a: «Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?», *Law and Philosophy*, 21.
- 2002b: «Legal and Political Philosophy», en J. COLEMAN y S. SHAPIRO (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2002.
- 2004: «The Rule of Law as a Theatre of Debate», en J. BURLEY (ed.), *Dworkin and His Critics*, Oxford: Blackwell, 2004.
- 2007: «Legislation and the Rule of Law», *Legisprudence*, 1.
- 2008a: «Hart and the Principles of Legality», en M. KRAMER *et al.* (eds.), *The Legacy of H. L. A. Hart. Legal, Political, and Moral Philosophy*, Oxford: Oxford University Press, 2008.
- 2008b: «The Concept and the Rule of Law», *Georgia Law Review*, 43.
- 2009: «Can There Be a Democratic Jurisprudence?», *Emory Law Journal*, 58 (2008-2009).
- WRIGHT, G. H. von, 1962: «Practical Inference», en VON WRIGHT, *Practical Reason*, Oxford: Blackwell, 1983.
- 1963: *Norm and Action. A Logical Enquiry*, London: Routledge & Kegan Paul.
- 1983: «Norms, truth and Logic», en VON WRIGHT, *Practical Reason*, Oxford: Blackwell, 1983.