

MARMOR, ANDREI, *Positive Law and Objective Values*, Oxford, Clarendon Press, 2001, 188 págs.

Susana Blanco Miguélez

Uno de los debates de mayor actualidad e interés en la Filosofía del Derecho, especialmente en el ámbito anglosajón, es el que enfrenta al *Inclusive Legal Positivism* y al *Exclusive Legal Positivism*. Son numerosos los positivistas que atribuyen al primero un mayor potencial explicativo y un atractivo teórico superior, derivados de su capacidad para incorporar en una propuesta teórica que sigue considerándose positivista, la ampliación de la noción de validez que tiene lugar en los Estados constitucionales contemporáneos, como consecuencia de la incorporación a la regla de reconocimiento de criterios éticos determinantes de la validez. El positivismo jurídico excluyente rechaza esta idea, admitiendo sólo criterios fácticos de validez a efectos de mantener la vigencia de la tesis nuclear del positivismo jurídico, que ellos sitúan en la teoría de las fuentes sociales, en expresión de J. Raz.

Aunque puede considerarse que lo anterior delimita el objeto central de la controversia, lo cierto es que ésta presenta otras implicaciones. En principio, son comunes a toda forma de positivismo al menos dos ideas: la de que es posible diferenciar nítidamente la Teoría del Derecho y la teoría de la aplicación, y la concepción del Derecho como una realidad objetiva que existe autónomamente de las prácticas cognoscitivas, aplicativas e interpretativas que se desarrollan sobre él, aunque el positivismo incluyente tiende a sustituir esta concepción objetivista por una propuesta de inspiración constructivista. Ello le resulta imprescindible tras llevar sus postulados sobre la validez hasta sus últimas consecuencias: la modificación de la noción de positividad del Derecho, que deja de verse como un dato dado o punto de partida para percibirse como resultado de un proceso, de una práctica social en permanente evolución; y la difuminación de la frontera entre Teoría del Derecho y teoría de la aplicación, derivada de la concepción del Derecho como una práctica social en la que los procesos interpretativos y aplicativos son elementos constitutivos de la existencia del Derecho positivo y por tanto, pueden considerarse plenamente integrados en la Teoría del Derecho.

Positive Law and Objective Values se sitúa en las coordenadas de este debate. Se trata de un volumen articulado en ocho capítulos, constituidos por otros tantos trabajos del autor (unos inéditos y otros ya publicados) que ahora, debidamente ordenados y, en algunos casos, retocados, se agrupan sistemáticamente con un propósito único: defender el positivismo jurídico excluyente (p. vii), pero desde una perspectiva particularmente interesante y novedosa, pues a los habituales análisis de la tesis de las fuentes sociales se añade una propuesta teórica objetivista. Por tanto, la obra se divide en dos partes. En la primera, integrada por los capítulos I-V, se analiza la tesis de las fuentes sociales del Derecho. En ella se enfatiza el fundamento convencional del Derecho (capítulos I-III), idea que se tomará como pilar sobre el que se levantará la defensa del posi-

tivismo excluyente (capítulos IV-V). La segunda parte, que abarca los capítulos VI-VIII, se orienta a exponer la particular propuesta del autor sobre la objetividad en materia jurídica y moral.

El capítulo I se abre con la propuesta de diferenciación entre dos tipos de convenciones sociales: las de coordinación y las constitutivas. Marmor sugiere que las convenciones constitutivas son las más relevantes para la explicación del fundamento convencional del Derecho y de su condición de práctica social autónoma. En particular, intenta mostrar que las reglas de reconocimiento son reglas constitutivas, que establecen en parte prácticas autónomas de identificación de las fuentes del Derecho. La autonomía, rasgo fundamental de las convenciones constitutivas, consiste en que son las mismas convenciones las que establecen la razón de ser de la práctica; es decir, la razón para participar en ellas no viene dada completamente por un propósito o valor externo a la convención que constituye la práctica, sino que es la práctica en sí misma la que la proporciona, así como sus propios estándares de valoración (p. 14). Marmor puntualiza que esta autonomía de las prácticas sociales es siempre parcial, porque en última instancia todas las prácticas sociales están vinculadas a intereses humanos generales. Concretamente, la autonomía del Derecho es más limitada que la de otras prácticas, como los juegos o los géneros artísticos, porque el Derecho presenta una vinculación mucho mayor que estos ámbitos con numerosos intereses prácticos (p. 23). Sin embargo, esto no es óbice a su autonomía, porque las convenciones que constituyen las prácticas sociales se encuentran radicalmente indeterminadas por esos valores generales, de modo que hay un número infinito de prácticas potenciales que podrían realizar esos mismos intereses humanos generales. Esto determina una fuerte conexión entre convencionalismo e historicismo. Explicar cualquier práctica social convencionalmente establecida exige consultar la historia. Esta conclusión redundante en la idea de la autonomía parcial de las prácticas sociales: aunque haya necesidades relativamente bien definidas que deben ser resueltas por una práctica social, la práctica realmente constituida por las convenciones no está normalmente “definida” o “determinada” por necesidades externas. El desarrollo de la práctica viene determinado en gran medida por contingencias históricas¹ (pp. 20-21).

Las convenciones constitutivas presentan algunas características particulares, de las que destacan especialmente dos. En primer lugar, mientras que las convenciones de coordinación son propensas a la estabilidad, las convenciones constitutivas tienden a estar en un constante proceso de interpretación que está afectado en parte por valores externos, y en parte por esos mismos valores que son constituidos por la práctica convencional en sí misma (p. 16). En segundo lugar, las convenciones constitutivas presentan ciertas peculiaridades en su modo de satisfacer lo que Marmor denomina la “condición de eficacia”. Ésta alude a que no tiene sentido seguir una regla convencio-

¹ Esta afirmación de Marmor, aunque tiene un indudable fondo de verdad –el carácter histórico del Derecho, como el de cualquier práctica humana, es incuestionable– induce a una doble confusión. En primer lugar, su modo de exponer esta cuestión da a entender que todo en el Derecho, tanto a nivel formal –el carácter general y abstracto de las normas, la estructura contradictoria del proceso, etc– como a nivel material, es completamente contingente. Sin embargo, esto dista de ser así. Aunque es cierto que gran parte de las normas jurídicas versan sobre materias que pueden ser justamente reguladas de varias formas, no es menos cierto que otros muchos aspectos del Derecho sí tienen carácter necesario. El propio autor admitirá esto más adelante en relación con la exigencia de igual consideración y respeto. Por otra parte, su planteamiento parece presentar al positivismo como la única doctrina que reconoce adecuadamente la historicidad del Derecho y, consiguientemente, el carácter contingente de gran parte de sus regulaciones. Se pasa por alto que, muchos siglos antes de la aparición del positivismo, el iusnaturalismo de inspiración clásica reconocía este dato. Como muestra, recuérdese que ya Tomás de Aquino afirmaba que “en las cosas humanas no están prefijados los medios [para alcanzar los fines rectos de la naturaleza humana, que sí están prefijados] sino que se diferencian según la variedad de las personas y de los negocios”. Cfr. *Suma de Teología*, II-II, q. 47 a. 15 c.

nal que no es acatada por la comunidad. Pues bien, en las convenciones de coordinación las razones para seguir la convención están fuertemente ligadas a las razones para preferir el mantenimiento de la convención. En cambio, en las convenciones constitutivas no tiene por qué existir una relación tan estrecha; la condición de eficacia se cumple, normalmente, por los valores inherentes a la práctica, que explican las razones que la gente tiene para implicarse en ella (p. 18).

En el capítulo II Marmor intenta reconciliar la naturaleza normativo-autoritativa del Derecho con sus fundamentos convencionales. Lo conseguirá mediante el concepto de “obligatoriedad condicionada”, con el que explica por qué el Derecho, como otras prácticas convencionales, ofrece razones para la acción. Para este autor la normatividad del Derecho reside principalmente en su pretensión de aportar razones para la acción, siendo al menos una parte de estas razones, obligaciones. Así entendida, Marmor sostiene que la normatividad del Derecho resulta incompatible con su fundamento convencional, y ello porque las convenciones no pueden constituir razones completas para la acción, sino sólo razones auxiliares, que determinan los modos en que se deben hacer ciertas cosas que se suponen valiosas. Como consecuencia de esto, podría concluirse la incapacidad de las convenciones para constituir el fundamento del Derecho porque no pueden explicar el aspecto normativo de las reglas de reconocimiento (pp. 25-26). Sin embargo, Marmor cree que estas dificultades pueden resolverse concibiendo las convenciones constitutivas como *condicionalmente obligatorias*: el “deber” que tales reglas prescriben genera razones para la acción sólo bajo la condición de que su destinatario se haya comprometido previamente en la participación de la práctica constituida por tales convenciones². Cualquier ejemplo de seguimiento de una regla o convención constitutiva presupone una decisión de segundo orden de participar en la práctica tal y como es constituida por tales convenciones, decisión que puede venir determinada por razones de muy diversa naturaleza (moral, religiosa, autointeresada, etc.) (pp. 30-31). Marmor cree que la naturaleza normativa de las reglas de reconocimiento puede explicarse sin problemas conforme a esta “lógica condicional”. De ahí que la mera existencia de las reglas de reconocimiento no baste para explicar por qué la gente tiene razones para seguirlas, porque la naturaleza obligatoria de tales reglas está totalmente condicionada a las razones subyacentes para participar en la práctica del Derecho. Por ello, la regla de reconocimiento deja abierta la cuestión de si los jueces, abogados u otros participantes en la práctica jurídica tienen o deben tener razones morales –o de otro tipo– para intervenir en esa práctica: En este punto, la normatividad del Derecho funciona exactamente igual que la normatividad de cualquier otra práctica social constituida convencionalmente. Por ejemplo, un jugador de ajedrez asume la normatividad de las reglas del juego, pero esas reglas no existen para determinar si se debe o no jugar al ajedrez; simplemente, definen lo que es el juego. Otro tanto sucedería con la práctica jurídica (p. 33-34).

Marmor también considera compatible el carácter autoritativo del Derecho (que es una autoridad *de facto* que, además, pretende ser una autoridad legítima) con su fundamento convencional. A su juicio, la esencia de una autoridad práctica radica en que pretende producir lo que Hart denominó “razones para la acción independientes del contenido”. Con esta expresión se quiere decir que para los sometidos a una autoridad es prácticamente relevante no sólo la racionalidad de la prescripción, sino también el

2 De nuevo Marmor generaliza una afirmación parcialmente verdadera. Efectivamente, la normatividad de muchas normas jurídicas es condicional, derivada de una previa aceptación de razones para obrar conforme a los dictados del Derecho. Pero no parece que este sea el caso de otras normas jurídicas, como la prohibición del homicidio, o el deber de alimentos, en los que la normatividad jurídica y la moral no pueden separarse según esa “lógica condicional” que aplica Marmor.

hecho de que ella ha sido emitida por una determinada autoridad³ (pp. 34-36). De acuerdo con esta definición, nada impide que las prácticas sociales constituidas por convenciones tengan naturaleza autoritativa, como sucede con el Derecho o con las estructuras de las sociedades tribales, de las comunidades científicas, o de los gremios profesionales⁴ (pp. 36-37).

En el capítulo III Marmor analiza algunas de las implicaciones que el fundamento convencional del Derecho tiene en relación con el debate entre positivismo incluyente y excluyente. En concreto, rechaza el positivismo incluyente porque resulta irreconciliable con las dos ideas analizadas en los capítulos anteriores (el fundamento convencional del Derecho, y su naturaleza esencialmente autoritativa), que deben considerarse, a su juicio, nucleares en el positivismo jurídico, y que constituyen otro modo de formular la clásica tesis de las fuentes sociales.

El primer argumento que Marmor emplea para defender la tesis de las fuentes sociales deriva directamente del fundamento convencional del Derecho y de la naturaleza esencialmente constitutiva de las convenciones de reconocimiento. Recuerda que la política o la moral tienen que ver con el razonamiento práctico que las personas desarrollan precisamente con independencia de las convenciones. Las convenciones constitutivas pueden afectar al razonamiento práctico sólo determinando modos concretos en los que tales intereses morales, políticos o de otro tipo pueden entrar a formar parte del Derecho. Y esto es precisamente lo que hacen las convenciones de reconocimiento, que constituyen las prácticas por las que se produce, modifica, interpreta o aplica el Derecho (p. 51). Pero las convenciones constitutivas no desempeñan ningún papel como indicadores de que debemos actuar por razones morales. Por así decirlo, la moral actúa *a pesar de* las convenciones (p. 51). Es decir, es precisamente el fundamento convencional de una práctica como el Derecho lo que hace que no tenga sentido pensar que el Derecho puede ser identificado sólo con base en consideraciones morales o políticas⁵ (pp. 53-54).

El segundo argumento de Marmor ha sido sugerido por Raz y descansa en la consideración del Derecho como una institución social autoritativa. Según ambos autores, constituye una condición necesaria para ser autoridad la capacidad de ejercer un papel mediador, esto es, de prescribir a sus destinatarios razones para la acción que éstos deben seguir en lugar de intentar actuar directamente por las razones que, según su propio criterio, juzguen oportunas. A su vez, para poder cumplir tal papel mediador y, por tanto, para ser una autoridad, ha de satisfacerse una exigencia, que viene a confirmar la tesis de las fuentes sociales: las directivas de la presunta autoridad deben ser identificables como directivas autoritativas sin tener para ello que recurrir a las razones que la

3 Esta idea de que el carácter autoritativo del Derecho descansa en su pretensión de aportar razones independientes del contenido, reduce el positivismo a su dimensión ideológica más radical, pues hace depender las razones para acatarlo únicamente de su dictado por la autoridad, considerando a su contenido totalmente irrelevante a efectos justificatorios. Esta conclusión, sin embargo, no se aviene a la definición que tanto Marmor como el propio Hart hacen del positivismo, al que definen como una tesis epistemológica, no ideológica.

4 Resulta llamativa esta equiparación entre el Derecho y las comunidades científicas en cuanto a su carácter autoritativo. Parece difícil imaginar unas prácticas más lejanas a la idea de “razones independientes del contenido” que las desarrolladas en el seno de comunidad científica, donde el hecho de que una teoría provenga de quien es considerado una autoridad no genera razones para que los demás científicos la sigan si no se prueba su verdad, corrección o mayor potencial explicativo.

5 En este punto Marmor tiene razón. Pero este argumento ataca a un enemigo construido *ad hoc*, porque lo cierto es que ningún positivista incluyente afirma que el Derecho pueda ser identificado *sólo* con base en consideraciones morales o políticas.

directiva autoritativa precisamente intenta reemplazar⁶. Este requisito respalda la tesis de las fuentes sociales porque exige que el Derecho, en tanto que resolución autoritativa, sea identificable por sí mismo. Así, una norma sólo podrá ser autoritativa si su validez no deriva de consideraciones morales o valorativas -sobre las que, precisamente, el Derecho intenta resolver- sino que es identificable por la fuente, en última instancia, personal, que la ha emitido (pp. 54-55).

Por otra parte, Marmor rechaza el positivismo incluyente porque, aunque es cierto que en los actuales sistemas constitucionales es frecuente la incorporación de elementos morales como criterios de validez jurídica, no lo es menos que al mismo tiempo que se produce tal incorporación, el Derecho asigna a alguien (normalmente, a los jueces) el papel de determinar, oficial y autoritativamente, qué es lo que requieren las consideraciones morales, con lo que se mantiene la tesis de las fuentes sociales⁷ (pp. 61-62).

A lo largo de los capítulos IV y V se despliega esta defensa del positivismo excluyente desde dos perspectivas diferentes: en el capítulo IV se responden los argumentos antipositivistas de Dworkin; en el capítulo V se analiza en detalle la relación entre autoridad y autoría (*authorship*), sugiriendo que la primera es imposible sin la segunda. Se trata, por tanto, de rehabilitar, aunque consideradamente reelaborada, una idea ya defendida por Austin, que ha sido objeto de diversas críticas, principalmente por parte de Hart y, más recientemente, por Waldron.

Marmor considera que el principal argumento de Dworkin contra el positivismo es el basado en la naturaleza interpretativa del Derecho, que afirma (a) que la determinación de lo que el Derecho exige en cada caso particular implica necesariamente un razonamiento interpretativo; (b) que la interpretación siempre conlleva consideraciones valorativas. La aceptación de estas dos tesis conduce necesariamente a negar la tesis positivista de la separación conceptual entre Derecho y moral. Marmor rechaza la primera de estas dos ideas, pues considera que nuestra comprensión de lo que el Derecho exige no depende siempre de la interpretación. Para mostrar esto, emplea tres líneas argumentales: una semántica, otra epistémica, y una tercera relacionada con la tesis de los principios de Dworkin (p. 72). Todas ellas se orientan a mostrar que el Derecho no es algo en sí mismo indeterminado generalmente, de modo que es posible conocerlo con un amplio margen de certeza y sin necesidad de recurrir a la moral (pp. 72-88).

En el capítulo V Marmor se propone defender una concepción personal de la autoridad. Nos recuerda este autor que las normas jurídicas son directivas autoritativas, esto es, directivas que han sido emitidas por una autoridad. Y ya se ha señalado que para tener tal autoridad no basta serlo *de facto*, sino que es necesario también pretender legitimidad. La idea fundamental de Marmor es que esta pretensión de legitimidad requie-

6 Marmor presume aquí que las directivas autoritativas pretenden reemplazar las razones que el destinatario pudiera tener para obrar de un cierto modo. Sin embargo, este planteamiento no siempre es correcto pues, en muchos casos, las normas jurídicas no pretenden tal reemplazo, limitándose sólo a establecer un marco general de actuación al cual deberán atenerse los comportamientos concretos. En estos casos, se deja a los destinatarios de las normas un amplio margen de determinación de su conducta concreta y, por tanto, de las razones que la justifican. Por otra parte, no debe olvidarse que el Derecho positivo en muchos casos se limita a sentar el curso de acción a seguir entre los varios moralmente correctos que caben en relación con cuestiones moralmente indiferentes o neutrales.

7 Este argumento, uno de los más recurrentes en el positivismo excluyente, tiene razón en lo que tiene de recordatorio de que un estándar no positivado de algún modo, no puede ser Derecho. Sin embargo, pasa por alto el hecho de que la validez (entendida como fuerza obligatoria) de algunos estándares como puedan ser los principios no deriva de su promulgación o de su inclusión en los textos legales sino, precisamente, de que el encargado de aplicar el Derecho al caso concreto los considera aptos *por su contenido* para servir como punto de partida de la decisión. De aquí que los principios supongan una cierta reelaboración de la tesis de las fuentes sociales.

re ser capaz de comunicarse con los demás, de modo que sólo quienes pueden expresar una opinión sobre cómo debieran comportarse los demás pueden contar como autoridades; de ahí la conclusión de que la autoridad exige autoría⁸ (p. 104).

En el capítulo VI Marmor comienza la exposición de su propia teoría de la objetividad, fundamentada en la distinción entre objetividad y realismo metafísico (en el sentido en que emplean esta expresión Putnam y otros autores) y en la afirmación de la compatibilidad entre objetividad y relativismo. En concreto, el autor analizará tres posibles conceptos de objetividad –semántico, metafísico y “de discurso”– cuya operatividad ilustrará analizando la interpretación en el campo artístico. Dos son las conclusiones más relevantes a las que llega. En primer lugar, rechaza la frecuente identificación entre objetividad en sentido metafísico y realismo. A su juicio, el realismo presume la existencia de una realidad objetiva ontológicamente independiente de nuestro conocimiento, mientras que la objetividad no requiere la posibilidad de verificación trascendente de verdades en el ámbito en el que se es objetivista. La objetividad en sentido metafísico se limita a afirmar que hay una verdad de la cuestión, consistente en que hay un objeto que presenta las propiedades con que se describe en la proposición que se analiza (pp. 116-118). La segunda conclusión a que llega Marmor, fundamental para su concepción de la objetividad, es que ésta, en concreto la “objetividad de discurso” (según la cual una cierta clase de proposiciones es objetiva si y sólo si todas y cada una de las proposiciones de esa clase tienen un valor de verdad determinado), es perfectamente coherente con el relativismo (pp. 132-133).

En el capítulo VII se abordan cuatro cuestiones sobre la objetividad del Derecho: a) ¿hay criterios objetivos para la identificación del Derecho?; b) ¿cabe decir de ciertas normas concretas que son objetivamente correctas o incorrectas?; c) ¿cuál es la relación entre la “objetividad judicial” y la neutralidad y la igualdad?; d) ¿es realmente posible una objetividad jurídica? La conclusión general del capítulo es que sí cabe hablar de una objetividad jurídica, ya que aunque la teoría jurídica es en gran medida valorativa, no depende necesariamente de concepciones morales.

Marmor cree que existen criterios objetivos para la identificación del Derecho, que vienen dados por ciertas prácticas convencionales (o reglas de reconocimiento) que determinan las fuentes del Derecho. Este tipo de convenciones existen en todos los sistemas jurídicos, y son las que establecen los procedimientos de creación, modificación y derogación de los estándares jurídicos. Y aunque es cierto que estas convenciones presentan en ocasiones lagunas, es decir, casos en que los criterios de legalidad son indeterminados, lo cierto es que en la mayor parte de los supuestos permiten señalar una respuesta objetivamente determinada a la cuestión de qué es Derecho en un caso concreto. Esta respuesta viene dada por las verdades sobre las convenciones que establecen las fuentes de Derecho, y por ciertas verdades relativas a los hechos que se supone producen ciertos resultados jurídicos de acuerdo con las convenciones (como puede ser el

8 Con el reconocimiento del vínculo entre autoridad y autoría Marmor sólo consigue resaltar la tesis del origen social de las normas jurídicas. Pero este mismo argumento puede dar pie a una contrarréplica de los positivistas incluyentes, pues las condiciones que debe cumplir la autoridad (la capacidad de comunicarse con los destinatarios de sus directivas y de emitir una opinión sobre el modo en que deben comportarse) exigen la presencia de un conjunto de objetivos o fines de esa comunidad, de valores a realizar, de conceptos compartidos, etc. Es decir, la misma noción de autoridad presume la existencia de una concepción común, en parte valorativa, que permite la comunicación y la formación de ideas sobre cómo debe ser la conducta pública de los miembros de una comunidad. Por tanto, la propia noción de autoridad remite a la concurrencia de valores en lo jurídico.

acaecimiento de un acto legislativo, o la emisión de una resolución judicial) (pp. 138-139). Por consiguiente, las lagunas del Derecho no permiten deducir que éste tenga carácter subjetivo⁹ (pp. 142-143).

Por lo que se refiere a la objetividad del contenido del Derecho, esto es, a la cuestión relativa a la corrección o incorrección de lo estipulado por las normas jurídicas, la principal preocupación de Marmor es determinar si existe un conjunto de estándares netamente jurídicos para valorar la corrección o incorrección de las normas y decisiones jurídicas; dicho de otro modo, si el Derecho es, al menos parcialmente, autónomo en cuanto a sus propios estándares de valoración (pp. 143-144). Su opinión al respecto es positiva, y la fundamenta en el funcionamiento real del Derecho. Si se negara la autonomía del discurso jurídico no sería fácil explicar su lenguaje propio, sus particulares estándares de excelencia y error, etc., y el hecho frecuente de que los juristas prácticos critican las decisiones jurídicas sobre la base de criterios jurídicos, a pesar de considerarlas correctas desde otros puntos de vista, como el político o el moral (p. 144). Por limitada que sea la autonomía de la práctica jurídica (porque en última instancia está guiada por intereses humanos generales) es innegable en la medida en que algunos de los valores que el Derecho realiza y algunos de sus criterios de auto-evaluación no vienen determinados por aquellos intereses y valores humanos generales, sino que son creados por las convenciones que establecen el Derecho y sus prácticas emergentes (pp. 145-146). Estos valores y estándares de evaluación convencionalmente constituidos conforman lo que Marmor denomina la “cultura jurídica” distintiva de los diferentes sistemas jurídicos (pp. 146-147).

En cuanto a la relación entre lo que Marmor llama “objetividad judicial” y los valores de neutralidad e igualdad, este autor aclara, ante todo, que por “objetividad judicial” debe entenderse la imparcialidad necesaria en la labor de los jueces, árbitros y, en general, de todas las personas que están en posición de resolver conflictos mediante sus decisiones (pp. 147-148). Así entendida, esta objetividad nada tiene que ver con la neutralidad, que consiste en la abstención deliberada de interferencia en un conflicto, existiendo algún tipo de expectativa de que el sujeto neutral se posicionara. Según el autor, la habitual confusión entre los dos conceptos suele derivar de que es relativamente habitual el empleo de “neutralidad” como sinónimo de “objetividad judicial”, esto es, de imparcialidad (pp. 148-149). Para el Derecho, en todo caso, es más relevante la “objetividad judicial” que la neutralidad. Y la “objetividad judicial” viene a coincidir a grandes rasgos, según Marmor, con el ideal de igual consideración y respeto¹⁰ (pp. 151-152).

Por último, Marmor se plantea la posibilidad de una objetividad auténticamente jurídica, problema que le sitúa ante la cuestión, recurrente en la literatura más actual, de la viabilidad de una Teoría del Derecho meramente descriptiva. Marmor examina dos de

9 En este punto Marmor da un paso en falso. La conclusión alcanzada (las lagunas del Derecho no permiten deducir que éste tenga carácter subjetivo) no se deriva de la premisa (la posibilidad de indicar una respuesta para todo problema jurídico, perfectamente determinada por ciertas verdades sobre las convenciones que establecen las fuentes del Derecho, y por ciertas verdades relativas a los hechos). El paso en falso es, en realidad, doble. En primer lugar, Marmor no tiene en cuenta que la presencia de una regla de reconocimiento que otorgue a la ley el carácter de fuente del Derecho, unida al hecho de que se ha promulgado una ley, no evita la indeterminación de ésta. El lenguaje, aunque pueda resultar en términos generales comprensible, presenta ciertas características, bien analizadas por Hart, que hacen que la interpretación sea siempre necesaria, y frecuentemente, valorativa. En segundo lugar, la indeterminación del Derecho (que es lo causado por las lagunas) no necesariamente lleva al subjetivismo. Esto debería ser particularmente claro para Marmor, que defiende la objetividad tanto de los valores jurídicos como de los morales.

10 Marmor reconoce que hay un nivel de objetividad judicial que es esencial para el funcionamiento del Derecho: “Ningún sistema jurídico puede funcionar sin algún nivel de esta objetividad, simplemente porque el Derecho debe operar con ciertos niveles de generalidad” (p. 152). Según Marmor, por tanto, si no se cumple este nivel mínimo de imparcialidad, es decir, de igualdad en el reconocimiento y en el trato con los demás, el Derecho no es realmente tal. Así las cosas, parece indudable la presencia de al menos un valor en el Derecho, el de la igualdad, y su importancia a la hora de definirlo e identificarlo.

los argumentos más influyentes que defienden este modelo de teoría. El primero, ofrecido por Dworkin, afirma que la Teoría del Derecho es una forma de interpretación y, dado que toda interpretación es inevitablemente valorativa, la Teoría del Derecho también lo es. El segundo argumento, propuesto por Stephen Perry, sostiene que la Teoría del Derecho precisa un aparato conceptual cuya selección implica atribuir al Derecho un objetivo o función; y esto requiere apelar a consideraciones morales (pp. 153 ss.). La opinión de Marmor sobre esta cuestión resulta particularmente interesante. De entrada, precisa que toda teoría depende de valores, porque teorizar supone siempre otorgar primacía a unos aspectos de la realidad estudiada sobre otros, considerados menos relevantes. Añade que toda teoría debe descansar sobre ciertas concepciones valorativas que definen qué es lo que hace que una teoría sea fértil, valiosa, preferible a otras posibles alternativas teóricas. Tanto los “juicios de prioridad” como estas concepciones siempre son, en cierta medida, valorativos. Sin embargo, Marmor no está de acuerdo con Dworkin en cuanto a las implicaciones que se derivan del hecho de que el objeto de una teoría sea, en sí misma, una práctica social que realiza ciertos valores. Dworkin considera que este hecho obliga al teórico a implicarse en la valoración de los valores que se propone interpretar. Marmor, en cambio, no está de acuerdo, pues le parece que esto supone ignorar la diferencia sustancial que existe entre captar un valor y valorarlo: es perfectamente posible comprender valores, su importancia, etc., sin tener que emitir un juicio valorativo sobre ellos (pp. 155-157). Esto no significa que Marmor no otorgue ninguna relevancia al hecho de que la práctica a explicar sea normativa. Sí se la concede, porque una práctica normativa da lugar a razones para la acción, y su explicación teórica debe tener en cuenta este hecho. Ello hace que tal explicación deba dar cuenta del punto de vista del participante. Ahora bien, esto sólo significa, según él, que la explicación de una práctica normativa debe dar cuenta de la forma en que los participantes consideran los diversos componentes de la práctica como razones para la acción. Esto supone que la comprensión de una práctica social constituida por reglas o convenciones exige comprender su objeto, su razón de ser, su finalidad, esto es, los valores que hacen que las creencias de los participantes en sus razones para la acción resulten inteligibles. Obviamente, tales creencias pueden ser objeto de apreciación crítica. Pero esta crítica sólo es una opción, no algo obligado para el teórico (pp. 157-158). Marmor puntualiza, además, que la explicación de la finalidad o valor de una práctica social no puede ser una actividad ni totalmente descriptiva ni totalmente crítica y valorativa. Estas reducciones, relativamente frecuentes, son precisamente las que explican el argumento de Perry sobre la dependencia de la Teoría del Derecho respecto de los valores morales. Según Marmor, este argumento descansa sobre esta falsa dicotomía, que le hace tomar partido por la naturaleza exclusivamente valorativa de la teoría. En resumen, para él la Teoría del Derecho, por muy descriptiva que se presente, no está exenta de valoraciones; pero no tiene por qué evaluar moralmente los valores que hacen que esa práctica sea inteligible. En este sentido sí es posible, a su juicio, separar descripción y valoración (p. 159).

El capítulo VIII trata de la objetividad de los valores. Marmor afronta esta cuestión porque, a pesar de su insistencia en que la objetividad del Derecho no depende de la objetividad de los valores, sí considera que tal objetividad es una cuestión fundamental para cualquiera que adopte una visión crítica sobre el Derecho y las instituciones sociales. Su posición al respecto es objetivista (pero desvinculada del realismo metafísico) y sugiere que los valores son análogos a las propiedades relacionales. El capítulo se abre, precisamente, con la explicación de esta idea. A continuación, Marmor desmonta los argumentos más clásicos a favor del escepticismo valorativo, así como dos influyentes intentos de dar una explicación subjetivista de los valores, señalando sus insuficiencias en comparación con la alternativa objetivista.

Marmor se decanta por una explicación de la objetividad de los valores que establezca una analogía entre ellos y las propiedades relacionales. Los valores no son cuali-

dades de los objetos sino, más bien, conclusiones que extraemos de nuestra interacción con ciertos aspectos del mundo. Es decir, según este autor, hay situaciones o aspectos del mundo que “merecen” ciertas descripciones o actitudes valorativas, aunque la misma situación puede “merecer” valoraciones distintas por diferentes sujetos o comunidades, porque los factores biológicos y culturales influyen sobre el modo en que reaccionamos o debemos reaccionar ante ciertos aspectos del mundo; como estos factores biológicos y culturales son variables, también los valores pueden serlo. Cuando Marmor dice que una situación, acción o aspecto del mundo “merece” ciertos juicios valorativos, quiere decir que presentan ciertas cualidades que justifican esa valoración de modo que ciertos sujetos, en cierta situación, estarían equivocados si no reconocieran el valor en cuestión. Según este punto de vista, las valoraciones serán verdaderas o falsas según ciertos aspectos objetivos del mundo, aunque de un modo relativo y relacional (p. 165). Como consecuencia de ello, es correcto afirmar, como regla general, que para que algo sea valioso ha de ser valioso para el ser humano, o para una comunidad concreta. Esta concepción presenta, según Marmor, la ventaja de reconciliar la objetividad con el innegable hecho del relativismo¹¹. Asimismo, permite explicar el sentido en que cabe decir que los valores pueden ser descubiertos o inventados, así como la posibilidad de error sobre los valores: igual que podemos descubrir o inventar nuevos usos para los objetos, podemos descubrir o inventar nuevos valores en las cosas o en las acciones; de modo similar, las cosas pueden perder su valor si cambian las circunstancias, pudiendo devenir obsoletos o irrelevantes. A menudo tales cambios tienen lugar durante un periodo transitorio, y suele ser durante estas fases de transición cuando la gente tiende a equivocarse sobre los valores. La cantidad y calidad de tales errores dependerá de la variable capacidad de las personas para adaptarse y reconocer la necesidad de cambios de este tipo (p. 167).

La segunda sección de este último capítulo se dedica a analizar en detalle los argumentos más importantes ofrecidos en apoyo del escepticismo valorativo, así como a examinar críticamente las teorías de los valores “disposicionales” de David Lewis y Simon Blackburn. Estas páginas contribuyen a perfilar más la particular propuesta de Marmor sobre la objetividad, de la que cabe destacar las siguientes ideas: (a) Marmor no considera estrictamente los valores como “entidades” o “cualidades de entidades” del mundo. No exige, por tanto, proponer ninguna metafísica “rara”. (b) La exigencia de un mínimo potencial de reconocimiento por los seres humanos como un componente necesario de los valores, en la que insisten los escépticos, sólo prueba que el realismo metafísico sobre los valores es insostenible. Pero, como ya se ha señalado, este autor entiende que el anti-realismo no implica necesariamente subjetivismo (pp. 168-171). (c) No es posible rechazar la objetividad valorativa con base en que ésta implica necesariamente una metafísica de los valores incompatible con nuestra concepción científica del mundo. Y ello porque no es seguro que la ciencia deba ser considerada como el fundamento último de una metafísica sólida, sobre todo teniendo en cuenta su continua evolución en cuanto a su forma de entenderse a sí misma y a lo que debe ser considerado una ontología científica sólida. Es más, la concepción moderna de la ciencia presupone una metafísica que no es menos problemática que la metafísica de los valores (pp. 169-170). (d) La objetividad ética no implica una facultad epistémica “especial”, distinta de las que tenemos.

11 Marmor parece confundir aquí el relativismo con el carácter necesariamente relativo o relacional de los bienes y valores (algo es un bien para un determinado tipo de seres, pero no para otros, como el agua o el aire atmosférico, que son bienes respectivamente para el pez y para el individuo de la especie *homo sapiens*, pero no al revés). Si bien es cierto que hay condicionantes biológicos en la consideración de ciertos bienes o valores como tales, ello no implica necesariamente la imposibilidad de fundamentar racionalmente su condición de bienes o valores, sino que, por el contrario, traza una pauta de conexión objetiva para ello (la condicionante biológica). Por otra parte, también debe aceptarse que determinados bienes difieren de unas culturas a otras, pero no menos cierto resulta que otros lo son para todas las culturas, con modulaciones y alcances diferentes (por ejemplo, el respeto a la vida de los semejantes).

Esto supondría aceptar una forma muy cruda de empirismo, algo que Marmor no está dispuesto a admitir. Además, la mayor parte de nuestro conocimiento del mundo externo no deriva directamente de los datos de los sentidos, sino que es presupuesta por nosotros como parte de las teorías que tenemos para explicar los datos sensibles (p. 171). (e) En contra de lo afirmado por la tradición humeana, los valores sí pueden tener fuerza motivacional. De hecho, la objetividad de los valores, lejos de plantear un problema para la explicación de la motivación moral, resulta más aceptable que el subjetivismo de Hume, que no consigue explicar por qué la gente desea algo si no es porque es deseable (pp. 174-175). (f) La defensa de la objetividad no contradice el hecho innegable del relativismo cultural. La concepción de los valores como análogos a las propiedades relacionales, puede perfectamente dar cuenta de este hecho. (pp. 175-177). (g) Las teorías “disposicionales” del valor son rechazables porque, al considerar que los valores son relativos a la constitución y preferencias de cada individuo concreto, no consiguen alejar el fantasma del subjetivismo. Estas teorías nacen como reacción a una falsa dicotomía entre el realismo platónico -que haría que los valores fueran “ontológicamente misteriosos”- y el subjetivismo. Su propósito, como se ha visto, es mostrar que la alternativa al subjetivismo es la objetividad, no el platonismo (pp. 178-179, 183).

Positive Law and Objective Values es una obra de indudable interés, tanto por la actualidad del tema como, sobre todo, por el enfoque, que integra el tratamiento de cuestiones plenamente encuadrables en la Teoría del Derecho con otras de Filosofía moral, todas ellas recurrentes en la literatura reciente. Estas virtudes se ven favorecidas por un estilo extremadamente claro, conciso y ágil, no siempre presente en los autores anglosajones de filiación analítica. Ello no impide, sin embargo, que el texto adolezca de algunas limitaciones e incoherencias. Curiosamente, estas últimas parecen proceder de lo que hemos dicho que constituye el principal atractivo del trabajo: el modo en que conecta cuestiones jurídicas y éticas. Nos limitaremos ahora a apuntar las más llamativas, pues un examen exhaustivo excede con mucho el propósito de estas páginas.

La principal limitación del trabajo se debe al planteamiento ahistórico que hace Marmor de la polémica entre el positivismo incluyente y el excluyente. El autor se centra en la defensa del positivismo excluyente en tanto que opción más fértil a efectos de explicación de la realidad jurídica. Presupone que ambas doctrinas son meras variantes del positivismo jurídico, tradición cuya existencia dinámica le permite dar cabida a posiciones diferentes e incluso abiertamente enfrentadas. Dicho de otro modo, positivismo excluyente e incluyente son presentados en esta obra como dos concepciones diferentes dentro de un mismo concepto de positivismo jurídico. Sin embargo, este planteamiento no hace justicia a la evolución histórica de esta doctrina: el positivismo incluyente nace en diálogo con el positivismo tradicional, excluyente, en un intento de adaptarlo al constitucionalismo actual, germen de numerosas críticas que contra él se han dirigido. Entender que son dos concepciones de un mismo concepto produce, por tanto, una distorsión.

Tener presente este dato permite apreciar algunas incoherencias en la posición de Marmor. Este autor capta correctamente que tradicionalmente la tesis nuclear del positivismo jurídico, la que le dota de cierta unidad orgánica, es la tesis de las fuentes sociales. Y capta también que esta tesis supone identificar el Derecho al margen de todo criterio moral, atendiendo sólo a un criterio de origen. Sin embargo, Marmor pasa por alto el fundamento último de este planteamiento positivista clásico: Hobbes, como Kelsen, expulsa la justicia de la definición de Derecho porque entienden que ella, como en general cualquier valor moral, no puede ser objeto de conocimiento seguro, cierto. De ahí la necesidad de definir el Derecho de modo que pueda identificarse fácticamente, y de ahí la identificación del Derecho con el Derecho positivo. La positividad aparece, por tanto, vinculada a problemas de orden epistemológico que plantea la referencia a instancias éticas (Cfr. P. SERNA, “Sobre el *Inclusive Legal Positivism*. Una respuesta al Prof. Vittorio Villa”, *Persona y Derecho* 43 (2000/2), pp. 109-115).

El positivismo incluyente, en cambio, considera que el Derecho contemporáneo no puede ser identificado completamente con base en esos elementos de orden fáctico, porque esta tarea de identificación depende de un examen de validez que requiere determinación del contenido y, consiguientemente, razonamiento realizado desde y con valores morales. Un razonamiento de esta índole exige una cierta recuperación de los valores para el ámbito de la objetividad, aunque sea previa reformulación de esta noción.

A la vista de lo anterior llama la atención la posición de Marmor, que se presenta como híbrida. Rechaza todo subjetivismo y se esfuerza por esbozar una concepción de la objetividad de los valores, a pesar de ser un positivista excluyente. No parece captar que el positivismo tradicional intentaba responder a la cuestión de la obediencia al Derecho positivo por el expediente de asegurar pautas públicas, cognoscibles, indudables, de conducta; algo que la moral, a la que se negaba objetividad, no podría nunca proporcionar. Pero si se considera que la moral sí es objetiva y puede conocerse, no se entiende por qué temer su entrada en lo jurídico; máxime cuando ya lo ha hecho en los Estados constitucionales contemporáneos a través de los valores y principios constitucionales.

Por otra parte, resulta también interesante un segundo punto en el que el positivismo excluyente de Marmor se aleja del positivismo clásico. La tesis metodológica tradicional del positivismo es la relativa a la distinción entre el Derecho *que es* y el Derecho *que debería ser*, y la correlativa asignación a la ciencia jurídica de una tarea puramente descriptiva del Derecho *que es*, relegando los valores al ámbito de la ciencia de la legislación o política jurídica. Marmor, en cambio, reconoce la imposibilidad de una teoría jurídica totalmente descriptiva. Sin embargo, considera que la exigencia positivista se cumple desde el momento en que no se mezcle la descripción (por muy guiada por valores que esté, y muy valorativa que sea la realidad a estudiar) con la toma de partido sobre el ordenamiento. Pero esto no es lo que afirmaba el positivismo tradicional, sino una redefinición que, por cierto, lo trivializa considerablemente. Se está olvidando que el trasfondo de esa tesis metodológica venía constituido, una vez más, por el rechazo de la objetividad de los valores, más aún, de su racionalidad. Por ello el intento de Marmor –como el de otros positivistas excluyentes, como Raz– de reconocer la dependencia de toda teoría con respecto de valores que le otorgan su sentido y proporcionan criterios para evaluarla, siendo además que tales valores no pierden su objetividad a pesar de depender de lo social resulta, en principio, extraña a la tradición positivista más clásica. Es más, se aproxima mucho a lo que propone el pensamiento iusnaturalista (que puede ejemplificarse, para los efectos que aquí interesan, con Finnis; cfr. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980, capítulo I). En efecto, el iusnaturalismo no niega la posibilidad de describir un ordenamiento jurídico positivo sin tomar partido sobre él. Lo que sí niega –y en esto radica su coincidencia con Marmor– es que tal descripción pueda efectuarse sin optar por una previa concepción del Derecho positivo, lo cual exige llevar a cabo una actividad valorativa. Sólo así es posible llevar a cabo una definición conceptual del Derecho pues, al ser éste una práctica y no un objeto dado, como puedan serlo los entes naturales, tal definición necesita de una previa delimitación del ámbito de realidad que se va a describir. Y tal delimitación estará guiada por valores (cfr. P. SERNA, “Sobre el *Inclusive Legal Positivism...*”, cit., pp. 117-120).

Las limitaciones apuntadas no oscurecen la calidad y el interés de este trabajo; antes bien, creo que pueden servir para ilustrar lo sugerente de su lectura, especialmente como punto de partida para una correcta comprensión de la tradición positivista y de sus variantes actuales, así como para analizar críticamente su virtualidad explicatoria de la práctica jurídica. Un diálogo con ella, aunque sea desde una perspectiva sustancialmente diferente, parece, en todo caso, aconsejable. Especialmente por lo que tiene de ilustrativo de la evolución indudable –y en algunos aspectos, sorprendente– que la doctrina positivista está experimentando.