

SOMEK, ALEXANDER. *THE LEGAL RELATION. LEGAL THEORY AFTER LEGAL POSITIVISM*, NEW YORK, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, 2017, 208 pp.

EDUARDO A. CHIA *

Johann Wolfgang Goethe-Universität

Alexander Somek es uno de esos autores a los que hay que prestar atención. Esto es así porque es un académico que transita entre la teoría continental y la angloamericana. Ha sido profesor en Austria y Estados Unidos y ha publicado considerablemente en inglés y alemán. Empero, parece ser un desconocido dentro de la comunidad jurídica en lengua castellana. De hecho, solo es posible encontrar un número reducido de traducciones al español de sus trabajos, principalmente, en el ámbito del derecho público. Con relación a la teoría jurídica del autor, poco —acaso nada— ha sido examinado en el ámbito hispanohablante. Esta es una situación curiosa. En especial porque sus ideas son valiosas en la medida que ofrecen un aporte innovador a algunos de los problemas actuales que enfrenta la disciplina. Igualmente, propone una aproximación a la teoría del derecho donde cuestiones políticas y económicas son consideradas en la ecuación. El derecho no puede sino entenderse en relación con la política y la economía.

Hacia fines del año 2017, el autor publica el libro que ahora se reseña. Una obra breve en extensión, pero fecunda en ideas. Se ha publicado en la serie “*Introductions to Philosophy and Law*” de Cambridge University Press, aunque poco tiene que ver con un texto introductorio, ya que sus pretensiones son ambiciosas. Paradójicamente, pasó un tanto desapercibido en el debate. Solo un par de reseñas lo elogiaron en Estados Unidos y Europa.¹ Más allá de eso, poco se discutió. Lo anterior es inquietante pues *The Legal Relation* podría ser una de las obras de teoría jurídica más infravaloradas publicadas recientemente en lengua inglesa. Las reflexiones que el autor ofrece en un libro altamente compactado, escrito con elegancia, sin ser enrevesado, son intelectualmente exigentes. Es además un trabajo ampliamente documentado. Tal como han remarcado otras recensiones, es destacable la diversidad de fuentes que el autor presenta y escruta. Desde Kierkegaard y Marx a Bentham y Wittgenstein, desde la escuela histórica alemana, hasta la jurisprudencia analítica angloamericana. Esto es una característica loable de la academia perteneciente al espacio germanohablante. Allí es habitual analizar autores pertenecientes a distintas tradiciones, evitando celosamente caer en ciertos ombliguismos que suelen ser frecuentes en otras comunidades científicas. De la misma manera, el volumen conecta discusiones en una escala transatlántica, desafiando así el parroquialismo tan característico de la teoría jurídica dominante.

The Legal Relation es un libro sobre filosofía jurídica con pretensiones de sentar las bases para una teoría política del derecho. La obra se erige como una ácida crítica a la teoría jurídica *mainstream*, aunque difícilmente podría ser encasillada en la tradición filosófica de la teoría crítica. El proyecto revela más bien una combinación entre el pragmatismo de la escuela de Pittsburgh y el idealismo alemán de Kant, Fichte y Hegel. Desde allí, los ataques formulados se dirigen principalmente al positivismo jurídico analítico angloamericano de autores como H. L. A. Hart, Joseph Raz y algunos de sus comentaristas. Somek plantea que esta versión del positivismo jurídico “ya no posee ventaja crítica alguna”. Asimismo, acusa que aquél renunció a una de sus tesis emblemáticas: la separabilidad de la moral. Esta situación sería así porque el positivismo jurídico contemporáneo acabó incorporando en su marco “elementos de la teoría del derecho

* Abogado. Master of Legal Theory. Doctorando en Derecho, Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main (Alemania). Correo electrónico: eduardo.chia@gmail.com.

¹ PATTERSON (2018), pp. 1-2; SKRBIC (2019), pp. 175-182.

natural” (p. xi). En ese contexto, *The Legal Relation* ofrece un intento rescatar teóricamente el impulso crítico original del positivismo de raigambre kelseniana. En especial, considerando el declive al que la versión angloamericana dominante la ha llevado. “[T]he Anglicanization of Kelsen’s Pure Theory reintroduced some common sense —and with it, unnecessary idealizations— through the back door.” (p. 16).

Las bases teórico-jurídicas que inspiran su enfoque encuentran raíces en el positivismo de la “Escuela de Viena”. Antes bien, el texto no es una mera actualización del más egregio de sus juristas, Hans Kelsen, ni es posible reducir dicha escuela a este último. Somek sostiene que el legado que puede rescatarse del positivismo jurídico hoy en día, en una era de “after positivism”, es el constructivismo. Esta teoría del conocimiento remarca la contribución activa de los sujetos en el proceso cognitivo. Para Somek esto se manifiesta en dos aspectos. Uno negativo y otro positivo. El primero hace posible conocer objetivamente lo jurídico mediante el desplazamiento de las idealizaciones innecesarias y el sentido común. El segundo hace permite construir el derecho precisamente a partir del tipo de relaciones que éste constituye entre las personas. En este sentido, desde el principio de la obra es posible identificar las características fundamentales de la idea de una *teoría pura* como trasfondo epistemológico: el derecho solo es cognoscible *qua* derecho. Algo que desde luego no nace en Hans Kelsen, sino que proviene de una larga tradición ya presente en Kant y Fichte.²

El libro está estructurado en seis capítulos relativamente uniformes. Se añade un prefacio, una introducción, además de un breve epílogo que recapitula y articula narrativamente las distintas secciones de la obra. Si bien el autor no lo explícita, algunos de los capítulos habían sido publicados previamente en revistas internacionales y trabajos colectivos. Con todo, el volumen ofrece continuidad en su lectura; cada capítulo da cuenta de un tránsito progresivo en la argumentación. Sin ánimo de exhaustividad, a lo largo del texto Somek discute temas tales como las fuentes del derecho, el conocimiento jurídico, la relaciones entre moral y derecho, además de la naturaleza y problemas del *common law*. Igualmente, se incluyen reflexiones sobre teoría política, especialmente en los capítulos cinco y seis. Allí se revisan discusiones sobre la idea de dignidad humana, se plantea un provocativo concepto de discriminación y se analizan las posibilidades de la agencia autónoma en un contexto de libertad social. Los capítulos cuatro y seis, sobre la relación jurídica y la búsqueda de la agencia, respectivamente, son sin duda los más intrigantes.

La introducción, junto a los tres primeros capítulos, son dedicados a un diagnóstico de la teoría del derecho contemporánea. Se problematizan y evidencian algunas de las debilidades de las principales tesis del positivismo jurídico analítico angloamericano. Entre otras: separabilidad, fundamento convencional del derecho, fuentes basadas en hechos sociales y la idea del derecho como razones para la acción. Se objeta a este positivismo su inocuo descriptivismo subyacente, la problemática asunción mítica de lo dado y su incapacidad de diferenciar concluyentemente el derecho de la moral. Más adelante se retomará este punto. El interpretativismo de Ronald Dworkin y la tesis sobre la “respuesta correcta” en el derecho no quedan inmune de críticas en estos capítulos. En este caso son bastante más condescendientes, aunque no por ello sin ironías: “[i]nsisting on one morally right answer for legal disputes in the face of concededly imperfect moral insight must appear strangely fanatical and perhaps even morally wrong.” (p. 5). Aquí resulta estimulante que el argumento de Somek contra la tesis de la respuesta correcta se base en las ventajas de la experiencia que da el juicio estético.

Un punto interesante de la obra es la crítica a la versión dominante del positivismo jurídico angloamericano. Esta tradición no ha experimentado grandes novedades desde la obra de H. L. A. Hart y el desafío de Ronald Dworkin. Ofrece una respuesta abstracta y descriptiva a la pregunta sobre la naturaleza del derecho. La existencia y contenido del derecho dependen de ciertos hechos sociales que yacen ahí en algún lugar. Solo basta identificarlos. Es importante que no haya consideraciones valorativas en ese movimiento. Hoy en día se enfrenta a retos

² KLETZER (2018), pp. 1-4, cap. 2.

significativos ante situaciones como el pluralismo jurídico, la normatividad transnacional y la globalización. Estos fenómenos han puesto en entredicho la extendida comprensión del derecho moderno *solo* como un producto positivo y soberano de un Estado de orientación westfaliana.³ A ello Somek agrega dificultades epistémicas. Nos dice que este tipo de positivismo es incapaz de concebir el conocimiento jurídico —la capacidad de decir qué es el derecho— en un contexto donde el poder económico y político lo constriñen continuamente. A diferencia de otros positivistas, para Somek la respuesta a la cuestión de la existencia del derecho no reside en una tesis factual. Más bien apela a un tipo de fuentes de conocimiento que son autosuficientes y que no se basan solo en reglas sociales constitutivas de hechos jurídicamente significativos. “*What is constituted, in the form of sources, is something subjective, namely knowledge of the law.*” (p. 7). “*Sources are not just law-creating social facts. They are also various gestalts of legal knowledge.*” (p. 17).

Somek piensa que el positivismo jurídico en su versión angloamericana hizo concesiones al no-positivismo que “lo han envejecido y lo hicieron perder su fuerza” [*It has grown old and lost its edge.*] (p.16). Sugiere que este acercamiento a la moral permitió a este positivismo evitar enfrentarse a la perplejidad generada por el problema de la validez jurídica. El autor cree que dicho problema no se resuelve como el positivismo angloamericano lo ha venido haciendo. Lo que se requiere es un cambio de perspectiva en la concepción del derecho; este último antes que ser entendido como sistema de normas, es ante todo una específica *relación* entre personas. Este es el centro de su argumento para una teoría post-positivista del conocimiento jurídico. En esencia, significa que la obra ofrece un enfoque relacional del derecho basado en una epistemología neokantiana. Siendo así, desentrañar la naturaleza del derecho sería ante todo una empresa epistemológica. El texto indica que el correcto entendimiento del derecho es epistémico; centrado en la relación jurídica. Solo un ejercicio de este tipo explicaría por qué el derecho debe basarse en fuentes de conocimiento y no en fuentes basadas en hechos sociales. Dada la hegemonía del positivismo jurídico angloamericano en la teoría del derecho contemporánea, las críticas y propuestas de Somek a este respecto resultan refrescantes.

En el capítulo cuatro, Somek observa —siguiendo a Christine Korsgaard— que el derecho abraza los disensos que se derivan de las “perspectivas evaluativas” individuales de las personas. Éstas serían inconmensurables para una y otra. La relación jurídica se originaría precisamente allí donde la moral es incapaz de dar solución a su necesario carácter antinómico: la incompatibilidad entre la pretensión de universalidad y la realización de las perspectivas evaluativas particulares. El ejercicio de universalizar la particularidad generaría como resultado la constitución de la relación jurídica. Esta última universalizaría aquello que la moral no logra universalizar. Sería el *modo* a través del cual se elimina el desacuerdo sustantivo al convertir el juicio particular en algo susceptible de elección. La decisión sobre lo escogido no vendría dada por deliberación en base a razones para la acción sino por la posibilidad de *elegir* autónomamente sobre la base autoritativa y legítima de los derechos subjetivos. La función de la relación jurídica buscaría mediar la presencia interactiva de las pretensiones irreductibles de los diferentes agentes en el mundo.

Otro punto atractivo que merece ser comentado es que Somek integra en su análisis a uno de los críticos más mordaces del derecho moderno: Karl Marx. En el capítulo seis, se plantean y discuten ciertos aspectos de la idea de alienación o extrañamiento [*Entfremdung*] (pp.157-180). Se sigue al Marx de los escritos de París, pero también se arremete contra Marx. No se discutirán los problemas que acarrearán los diferentes usos que Marx dio al concepto de *Entfremdung* a lo largo de su obra. En *The Legal Relation* Somek evoca lo siguiente: la agencia autónoma necesaria para constituir la relación jurídica es irrealizable en una formación social capitalista. ¿Por qué? En el capitalismo, las personas se ven actualmente imposibilitadas de realizar intercambios recíprocos en condiciones de igualdad. Esto sería así porque la agencia no es libre debido a la coerción y desigualdad que se deriva del poder que otorga la capacidad de

³ Problemas que en la tradición analítica angloamericana han sido lúcidamente puestos de manifiesto recientemente por un autor como TAMANAH (2017), esp. caps. 2 y 3. Anteriormente, por supuesto, el trabajo de TWINING (2000) fue pionero.

disponer de dinero. Por ende, entre los portadores de derechos de propiedad privada y de libertad contractual, las relaciones jurídicas están necesariamente viciadas por la alienación que padecen los agentes. Es decir, en una sociedad capitalista solo podría existir una especie de relación jurídica degenerada. Esta es una dificultad constitutiva e inescapable de las relaciones sociales en una sociedad moderna. Para Marx & Engels este problema tenía una solución (política): transformar las relaciones tradicionales de propiedad y producción. Ello significa el establecimiento de una sociedad comunista previo tránsito socialista. Solo en dicha hipótesis podrían desarrollarse políticamente ciertas condiciones de autonomía para lograr una auténtica realización de la emancipación humana.

Sin embargo, para Somek dicha solución goza “de mala prensa desde 1989” (p. 180) luego del derrumbe de los así llamados socialismos reales. Consecuentemente, el texto no explora cómo abordar críticamente el problema desde Marx & Engels ni pretende hacerse cargo de dicho programa. Por ello se sugiere que Somek está con Marx pero sin Marx. De hecho, a modo de descartar el repensar una solución desde Marx, el autor admite que no es necesario entrar en una discusión sobre “proyectos fallidos” (p. 180). Esto es desconcertante pues cabe preguntarse si acaso el socialismo o el comunismo como lo pensó Marx & Engels ha sido alguna vez materializado. Difícilmente. Por otra parte, parece bastante problemático cerrar el debate conceptual a partir de las experiencias empíricas de ciertos proyectos políticos europeos que estuvieron lejos de realizar una idea *marxiana* de sociedad. Asimismo, dicha actitud contrasta con recientes obras que han dado una nueva lectura a los escritos de Marx sobre derecho y justicia.⁴ De hecho, en el último tiempo ha habido un *revival* de la teoría jurídica de Marx con interpretaciones innovadoras sobre un pensador que nunca ha perdido su vigencia.

En general, *The Legal Relation* presenta debilidades menores. Una cuestión que parece ser en principio una ventaja —su breve extensión— termina, en ciertos puntos, sembrando más dudas. Esto es así porque el proyecto es ambicioso y los autores analizados son complejos. A ratos el lector queda un tanto insatisfecho con lo lacónico de ciertas discusiones. Un ejemplo es la segunda parte del capítulo tres. Allí se desarrolla brevemente una crítica al *common law* como tradición que no se basa en el conocimiento jurídico objetivo (pp. 105-110). A este respecto, cabe decir que es cuestionable si hay acaso un puro *common law* que engloba todas las jurisdicciones donde ese sistema opera. Tal como lo han sugerido algunos autores⁵, más bien hay varios tipos de *common law* cada uno de los cuales posee fisonomía propia y desarrollos separados del sistema originario británico. Incluso la doctrina del precedente parece no ser homogénea en países como Estados Unidos (variando de estado en estado); a la vez distinta del entendimiento que se tiene de aquella en el Reino Unido. Igualmente, en dicha crítica se extraña una discusión más extensa de autores emblemáticos de la teoría del *common law*, tales como Melvin Eisenberg⁶ o Gerald Postema⁷.

Sin perjuicio de estos detalles, la obra evaluada como un todo es sin duda cautivante, aguda y original. Destacan también las cuotas de ironía y humor negro, lo cual hace la lectura refrescante y entretenida. No se circunscribe a las usuales filologías o exégesis de H. L. A. Hart y Hans Kelsen. Mas se evidencia que aún es un proyecto en desarrollo. *The Legal Relation* es totalmente recomendable si se busca una obra crítica y cautivante contra el letargo que ofrece la teoría del derecho tradicional.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

EISENBERG, MELVIN (1988): *The Nature of the Common Law* (Cambridge, Mass., Harvard University Press).

⁴ SHOIKHEDBROD (2019), esp. cap. 4; sobre el *revival* de Marx, pp. v-vi.

⁵ GLENN (2014), pp. 236-283.

⁶ EISENBERG (1988), esp. cap. 8.

⁷ POSTEMA (2002), pp. 588-622; POSTEMA (2019), esp. parte I y II.

GLENN, H. PATRICK (2014): *Legal Traditions of the World*, fifth edition (Oxford, Oxford University Press).

KLETZER, CHRISTOPH (2018): *The Idea of a Pure Theory of Law* (Oxford, Hart).

PATTERSON, DENNIS (2018): "After Legal Positivism", en: Jotwell, pp. 1-2.

POSTEMA, GERALD (2002): "Philosophy of the Common Law", en: Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma & Scott J. Shapiro (Eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (Oxford, Oxford University Press), pp. 588-622.

POSTEMA, GERALD (2019): *Bentham and the Common Law Tradition*, second edition (Oxford, Clarendon Press).

SHOIKHEDBROD, IGOR (2019): *Revisiting Marx's Critique of Liberalism: Rethinking Justice, Legality and Rights* (Cham, Palgrave-Macmillan).

SKRBIC, ARISTEL (2019): "A. Somek, The Legal Relation: Legal Theory After Legal Positivism", en: *Revue Interdisciplinaire d'études Juridiques* (Vol. 83), pp. 175-182.

TAMANAH, BRIAN (2017): *A Realistic Theory of Law* (Cambridge, Cambridge University Press).

TWINING, WILLIAM (2000): *Globalisation and Legal Theory* (London, Butterworths).