

## DAN PRIEL\*

### I.

La marca de la teoría analítica contemporánea del derecho es el aislamiento intelectual. Tengo en mente tres clases de aislamiento:

(1) *Aislamiento de la práctica jurídica*. La filosofía del derecho está generalmente desinteresada en la práctica jurídica. No es poco común encontrar un libro de filosofía del derecho que no cite una decisión judicial o un texto legislativo y que parezca estar poco interesado en las actitudes reales de los practicantes del derecho. En realidad, el sentimiento que a veces se obtiene del trabajo en jurisprudencia o en teoría del derecho es que referirse a la práctica jurídica real es alguna forma de traición filosófica, que preocuparse por el quehacer diario del sistema jurídico es algo que de alguna forma socava la pureza de la investigación filosófica en el derecho. Cuando esta actitud se combina con la opinión de que la filosofía del derecho debería enfocarse solamente en aquellas características que los sistemas jurídicos tienen de forma necesaria, el resultado es la clase de investigación que casi inevitablemente ignora todos los aspectos del derecho. Esta actitud a menudo va acompañada por la tesis de que buscar la relevancia práctica de las investigaciones es de alguna forma innecesario o aun erróneo. El trabajo jurisprudencial se justifica como la búsqueda del conocimiento en pos del conocimiento, un conocimiento que, por lo tanto, no necesita tener ninguna relevancia práctica. Incluso, algunas veces se sugiere que buscar tal relevancia práctica —algo que podría servir como una salida contra esta clase de aislamiento en el trabajo jurisprudencial— es un malentendido ‘antifilosófico’<sup>1</sup> sobre lo que trata la jurisprudencia. El resultado es que la clase de objeto que queda para ser investigado no es el derecho que los abogados, o los ciudadanos comunes, tienen

\* Osgoode Hall Law School, York University. [dpriel@osgoode.yorku.ca](mailto:dpriel@osgoode.yorku.ca)

<sup>1</sup> Gardner, J., “Legal Positivism: 5½ Myths”, *American Journal of Jurisprudence*, vol. 46: 2001, pp. 633-666. Varios grandes filósofos, incluyendo algunos que Gardner menciona como los fundadores del positivismo jurídico, fueron antifilosóficos, de acuerdo con este estándar.

DAN PRIEL

en mente cuando hablan de derecho. Peor aún, como resultado de este aislamiento, la jurisprudencia fracasa en conseguir el objetivo incluso más modesto de iluminar aspectos de la práctica jurídica. A pesar de pretender proporcionar una explicación “descriptiva” de la naturaleza del derecho, el resultado es algo que, sospecho, sería irreconocible para la mayor parte de los practicantes.

2) *Metodología aisladora*. La tesis predominante en la filosofía del derecho es opuesta a la importancia de los potenciales aportes de las ciencias naturales y sociales.<sup>2</sup> El principal mecanismo utilizado es el análisis conceptual desde el denominado “punto de vista interno”. Esta expresión tiene diferentes significados para diferentes académicos, y aquí no trataré de desenredar todos estos significados. No obstante, de diferentes formas, todos usan la expresión para bloquear *inputs* de otras disciplinas. Para H. L. A. Hart, por ejemplo, el punto de vista interno, entre otras cosas, se contrasta con el método de las ciencias naturales que él consideraba “inútil” para el propósito de explicar un fenómeno social normativo. Lo que Hart ofreció en reemplazo fue una “sociología desde el sillón”. Se podría haber pensado que la aproximación descriptiva de Hart que buscaba entender la conducta normativa apelando a determinadas actitudes de las personas vería más favorablemente a la psicología para una perspectiva más cercana de la forma en la cual las personas razonan en realidad. De hecho, sin embargo, la investigación psicológica ha tenido poco impacto en su trabajo o en el trabajo de muchos filósofos del derecho que han buscado avanzar sus ideas.

3) *El derecho como algo distinto de otras cosas*. Si los anteriores aislamientos son de naturaleza negativa, este es parte de la agenda positiva de la materia. Una segunda característica de la aproximación aislacionista es la tendencia a tratar de definir el derecho distinguiéndolo de otras cosas, en vez de enfocarse en lo que el derecho hace o puede hacer.<sup>3</sup> El mayor foco de atención ha sido el límite entre

<sup>2</sup> Sobre este asunto digo mucho más en Priel, D., “Jurisprudence between Science and the Humanities”, *Washington University Jurisprudence Review*, vol. 3, en <http://ssrn.com/abstract=1566858>, y (próximamente): “Toward Classical Legal Positivism”, manuscrito no publicado, en <http://ssrn.com/abstract=1886517>

<sup>3</sup> Los positivistas aquí han sido bastante influenciados por el trabajo de Joseph Raz. Sobre esto véase en particular, Raz, Joseph, “Legal Principles and the Limits of Law”, *Yale Law Journal*, vol. 81, 1972, pp. 823-858. Para una descripción reciente de

DAN PRIEL

el derecho y la moralidad, lo cual, consciente o inconscientemente, probablemente ha contribuido a otra clase de aislamiento, esta vez entre la filosofía jurídica y el resto de la academia jurídica, donde parece que un límite diferente —entre derecho y política— ha sido el mayor foco de atención.<sup>4</sup>

Un segundo debate relacionado se ha ocupado de los límites entre las diferentes teorías jurisprudenciales, uno entre el positivismo jurídico y el iusnaturalismo, y progresivamente en años recientes entre los positivistas mismos. A veces, este debate desarrolló un metadebate, no acerca de los límites entre el derecho y la moralidad, sino sobre la forma correcta de entender los límites entre las teorías jurisprudenciales opuestas. En ambos casos, después de mucho trabajo, a menudo parece que lo que distingue las facciones opuestas es en realidad muy poco.

## II.

Hart, y el estilo de positivismo jurídico que inauguró, jugó un papel mayor en el establecimiento de estos aislamientos (y por ello mi homenaje poco amigable al título de su ensayo clásico).<sup>5</sup> Hoy sabemos

la relevancia de esta investigación, Gardner, John, "Nearly Natural Law", *American Journal of Jurisprudence*, vol. 52, núm. 1, 2007, pp. 1-24, y Shapiro, Scott, *Legality*, Cambridge, Harvard University Press, 2011, capítulo 1.

<sup>4</sup> Si estamos de acuerdo con Duncan Kennedy, entonces los límites entre el derecho y la moralidad es una preocupación típica de mediados a final del siglo XIX, mientras que la preocupación con los límites entre derecho y política es una de las discusiones dominantes en los círculos jurídicos de esta era. Creo que esto es fundamentalmente correcto y refleja el crecimiento masivo del derecho que vino a generar el estado del bienestar, un desarrollo que inevitablemente forzó al derecho a un contacto mucho mayor con la política. Estos desarrollos no han tenido ningún impacto discernible en la jurisprudencia analítica. Véase Kennedy, D., "Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000", en Trubek, D. M. y Santos, A. (eds.), *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*, New York, Cambridge University Press, 2006, pp. 19-21.

<sup>5</sup> Hans Kelsen probablemente también carga una responsabilidad considerable, pero al menos en el mundo angloparlante su influencia directa es menos pronunciada. Su influencia indirecta, sin embargo, es probablemente inmensa, dado que a través de él, creo, la filosofía del derecho anglófona recibió la idea, desarrollada en

DAN PRIEL

que Hart tuvo relativamente poco interés en el trabajo de la mayoría de los académicos jurídicos,<sup>6</sup> que buscó traducir la pregunta “¿qué es el derecho?” en la pregunta acerca de las conexiones y límites entre derecho y la moralidad;<sup>7</sup> que, ante todo, consideró su trabajo como neutro metodológicamente, y que explícitamente defendió una metodología de “comprensión”, que fue diseñada para cumplir una tarea que el método científico no podía.<sup>8</sup> La forma en la que el ámbito de la “jurisprudencia general” es entendida en la actualidad, con su preocupación sobre la cuestión de la “naturaleza” del derecho, con un enfoque primario en la validez, son todos productos de esta actitud aislacionista.

En algún aspecto, esta aproximación ha sido una historia de éxito espectacular: ha creado efectivamente una nueva área de investigación. La filosofía del derecho, como el término es entendido actualmente, no existía antes del siglo XX. Esto puede sonar como una afirmación audaz, y obviamente falsa —¿dónde quedarían Platón, Aristóteles, Aquino, Hobbes, Bentham, Kant (y la lista sigue)? ¿Resulta que no eran filósofos jurídicos? En un sentido, ellos lo eran, pero su trabajo no está dentro del género único que es la jurisprudencia analítica del siglo XX—. Lo que quiero decir con esto es que existe un ámbito intelectual que puede ser definido como “la investigación filosófica acerca del derecho que es (o pretende ser) no-normativa”. Ninguno de estos pensadores, y tampoco la mayor parte de otros filósofos que escribieron acerca del derecho a lo largo de los

círculos positivistas anteriores, de hacer a la “validez jurídica” el concepto primario en la jurisprudencia. Estas afirmaciones son tentativas, y creo que merecen una investigación adicional.

<sup>6</sup> Lacey, Nicola, “Analytical Jurisprudence versus Descriptive Sociology Revisited”, *Texas Law Review*, vol. 84, núm. 4, 2006, pp. 945 y 951-953.

<sup>7</sup> Hart, H. L. A., “Legal Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, vol. 71, 1958, pp. 593-629; *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 7 y 8. Aquí también el trabajo de Joseph Raz fue muy influyente.

<sup>8</sup> Priel, D., “Jurisprudence between Science and the Humanities”, *Washington University Jurisprudence Review*, vol. 3, 2012, en <http://ssrn.com/abstract=1566858>, pp. 36-38. Sobre el contraste entre “comprensión” (humanística) y “explicación” (científica), véase Von Wright, G. H., *Explanation and Understanding*, Londres, Routledge and K. Paul, 1971.

DAN PRIEL

siglos, puede ser entendido como comprometido con esta clase de investigación. De verdad, antes del siglo XX, la división consciente de la jurisprudencia (en este sentido), y la filosofía moral y política, simplemente no existía. Para ver la diferencia entre la antigua y la nueva jurisprudencia, considérese que la preocupación por la validez jurídica, tan central a la jurisprudencia contemporánea, está conspicuamente ausente en trabajos previos.

Por consiguiente, los trabajos de muchos filósofos que no encuadran en este molde son a menudo abandonados. De forma bizarra, por no decir perversa, el filósofo anterior al siglo XX cuyo trabajo está más cercano al espíritu de la jurisprudencia contemporáneo es John Austin, una figura menor en la historia del pensamiento. Él, junto a Hart, se convirtió en un padre fundador de esta clase de jurisprudencia contemporánea,<sup>9</sup> a expensas de desatender el trabajo de muchas mejores luces, como, David Hume, Adam Smith, Henry Sidgwick, todos quienes escribieron acerca del derecho en una forma que no encuadra en el estrecho molde de la jurisprudencia analítica. Incluso, muchas de las ideas de Thomas Hobbes y Jeremy Bentham, a menudo considerados como los primeros proponentes del positivismo jurídico, han sido ignoradas, y otras han sido “austinificadas” para hacerlas compatibles con la estructura de la jurisprudencia analítica contemporánea.

Dentro de estas restricciones, es decir, aceptando los tres aislamientos, el positivismo jurídico es una tesis cierta casi por definición. Una vez más, se puede pensar que estoy exagerando: ¿no son, por ejemplo, Ronald Dworkin o John Finnis filósofos analíticos que no son positivistas jurídicos? La jurisprudencia analítica sigue el argumento, es un conjunto de preguntas investigativas (ante todo, la preocupación por la pregunta “¿qué es el derecho?”) y un compromiso con un método particular para responder estas preguntas (la aplicación de los métodos de la filosofía analítica a las preguntas sobre el derecho). Nada de esto conduce inevitablemente al positivismo. La verdad es que, sin embargo, los tres aislamientos van

<sup>9</sup> En mi opinión, ha existido un cambio sutil y no reconocido de Austin a Hart en la forma en la que el ámbito de la jurisprudencia ha sido entendido. Véase Priel, D., “Hart and the Invention of Legal Philosophy”, *Problema*, vol. 5, 2012, pp. 301-323.

DAN PRIEL

mucho más allá de estos compromisos con la materia de estudio y el método. A pesar de compartir algunas de las tendencias aislacionistas identificadas anteriormente, Dworkin ha buscado tender algunos vínculos con el trabajo de los abogados practicantes, con otras ramas de la filosofía, al igual que con el trabajo de otros académicos jurídicos. En el caso de Finnis, la forma en que se ha hecho esto es más sutil: Finnis se ha embarcado en la discusión dentro del trabajo aislacionista “descriptivo” de Hart y Raz, pero ha dejado claro que su trabajo iusnaturalista es “normativo, práctico, moral”,<sup>10</sup> pero en el mismo libro rechaza la afirmación central de la actitud aislacionista: la preocupación por separar a la jurisprudencia de la investigación normativa. En sus escritos más recientes en jurisprudencia, ha sido más explícito en su rechazo a las presuposiciones del trabajo de Hart.<sup>11</sup>

Existe un giro irónico a la afirmación de Brian Leiter, según la cual “El positivismo jurídico se mantiene victorioso como el programa de investigación de la filosofía post segunda guerra mundial”.<sup>12</sup> En un sentido, él está en lo cierto: como la filosofía del derecho no existía (en el sentido ya explicado) antes del siglo XX, y como el positivismo jurídico es en efecto la jurisprudencia analítica con los tres aislamientos, existe un sentido en el cual Leiter tiene razón. No obstante, y este es el fundamento de mi argumento, ha sido una victoria pírrica, dado que fue alcanzada delimitando eficazmente a la competencia por fuera del debate. Los términos del debate —lo que se consideraba como parte de los movimientos “permisibles” dentro de él— fueron establecidos de forma tal que el positivismo tenía que finalizar “victorioso”. Al definir a la filosofía del derecho como ocu-

<sup>10</sup> Finnis, J., *Law and Natural Rights*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 478.

<sup>11</sup> Finnis, J., “Law and What I Truly Should Decide”, *American Journal of Jurisprudence*, vol. 48, núm. 1, 2003, pp. 107-129; Finnis, J., “H. L. A. Hart: A Twentieth Century Oxford Political Philosopher”, *American Journal of Jurisprudence*, vol. 54, núm. 1, 2009, pp. 161-185. Desarrollo con una mayor extensión las diferencias entre la metodología de Finnis y la jurisprudencia analítica en Priel, D., “Description and Evaluation in Jurisprudence”, *Law and Philosophy*, vol. 29, 2009, pp. 633-666.

<sup>12</sup> Leiter, B., *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and on Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

DAN PRIEL

pada principalmente con la naturaleza del derecho, al definir la naturaleza del derecho en términos de las condiciones de validez jurídica, y al definir la validez jurídica en términos de los practicantes (y no como el resultado de una investigación normativa más amplia), el “ganador” en el debate simplemente no estaba en cuestión.

La pregunta interesante, entonces, es: ¿por qué la aproximación aislacionista ha sido tan atractiva para los filósofos jurídicos? La pregunta no es, por supuesto, susceptible de una respuesta simple. Para Hart, por ejemplo, parte de la historia probablemente tiene que ver con su escepticismo ético (o mejor, metaético). Aislar a la filosofía del derecho de la filosofía moral le evita la necesidad de comprometerse con un tema sobre el cual se sentía inseguro.<sup>13</sup> Por una vía diferente, lo mismo también es cierto de Kelsen (cuyo escepticismo ético fue más explícita y firmemente definido). La época en la que ambos escribieron sus principales trabajos en jurisprudencia también fue una época en la que se pensaba que la filosofía política estaba “muerta”,<sup>14</sup> y, por tanto, podría haber parecido infructuoso intentar relacionar a la filosofía jurídica con la filosofía política. Más allá, sin embargo, de estas preocupaciones más bien limitadas, había quizá también una idea —probablemente no reconocida completamente en el trabajo de Hart, pero que creo es más clara y deliberada en la medida en que nos acercamos al presente— de que la aproximación aislacionista podría asegurar que la filosofía jurídica no sea llevada a cabo por ninguna otra disciplina. Esto pudo haber reducido las posibilidades de interacción con otras disciplinas, pero —lo que de hecho es la misma cosa— estas otras disciplinas no podrían plantear un desafío serio a la filosofía del derecho. En otras palabras, el aislacionismo significaba tanto que desde adentro la “verdad” del positivismo jurídico no podía ser cuestionada como que por fuera de las preguntas y métodos, la filosofía jurídica no podía desafiada.

<sup>13</sup> Hart está cerca de admitir esto en Hart, “Legal Positivism and the Separation of Law and Morals”, pp. 620 y 621.

<sup>14</sup> Para esta actitud frente a la teoría política (especialmente en Oxford) alrededor de este periodo, Barry, B., *Political Argument*, Berkeley, University of California Press, 1990, pp. XXXI-XXXVIII.

DAN PRIEL

Que esto fue una victoria pírrica, puede ser visto por el estatus de la materia en la academia jurídica. No es ningún secreto —y me he encontrado muchas veces con tales actitudes yo mismo— que la jurisprudencia analítica no es tenida en alta consideración en muchas escuelas de derecho. He oído decir a muchos académicos con educación o interés en la filosofía que no encuentran interesantes los debates en el área. He oído de académicos jóvenes en los Estados Unidos que quienes trabajan en esta área probablemente no puedan conseguir un empleo. Incluso, en la Gran Bretaña, donde la jurisprudencia analítica es más prominente, en un número cada vez mayor de escuelas de derecho, la jurisprudencia analítica es a menudo considerada como una fuerza agotada. La respuesta que a veces se encuentra entre los filósofos jurídicos es que esta falta de interés se debe al hecho de que la mayor parte de los abogados académicos no son suficientemente sofisticados filosóficamente, o simplemente no son lo suficientemente inteligentes para entender los debates. Es notable, sin embargo, que otros filósofos, incluyendo filósofos morales y políticos, que trabajan en asuntos cercanos, que con probabilidad son suficientemente inteligentes y filosóficamente astutos, parecen de igual forma poco interesados en estos debates. Incluso, he oído que la jurisprudencia general ya no es atractiva, porque sus preguntas mayores han sido más o menos resultas. Ello, no obstante, me parece más una implicación de la actitud aislacionista señalada que una realidad. Las preguntas de la jurisprudencia parecen haber sido resueltas sólo porque la actitud aislacionista eliminó la posibilidad de debate real.

Una demostración tajante del cambio que la actitud aislacionista ha traído puede ser deducida del tenue pero importante cambio en el significado de “jurisprudencia general”. En estos días, el término típicamente se refiere a aquella parte de la jurisprudencia que habla acerca del derecho en general como opuesta a la discusión teórica o filosófica sobre el contrato, la responsabilidad extracontractual, la propiedad intelectual o cosas similares. Es interesante compararlo con los dos contrastes, cercanos, pero diferentes, en la obra de Bentham. Bentham distinguió entre la jurisprudencia universal y la jurisprudencia local, y entre el expositor y el censor. La distinción local/universal era acerca “de el derecho de tal o tal nación en

DAN PRIEL

particular” como opuesto “al derecho de todas la naciones”. La distinción entre expositor/censor era acerca de la distinción entre el “derecho que es” y “el derecho que debe ser”,<sup>15</sup> o en un lenguaje más moder-no, entre el trabajo doctrinario (“la letra del derecho positivo”) y el trabajo del reformador jurídico. Respecto a la “definición que ha habido la ocasión de intercalar aquí y allá” en su discusión, “particularmente la definición... dada de la palabra *derecho*”, él consideró que pertenecía a la jurisprudencia universal, aunque advirtió (una advertencia no siempre seguida por los filósofos jurídicos contemporáneos) que este uso puede ser inadecuado, dado que “en términos prácticos, al tratar un hombre de establecer lo que considera es el derecho, extiende sus visiones a las pocas naciones con las que está más relacionado”. Es, más bien, en la “línea censorial”, el ámbito normativo que considera áreas jurídicas particulares, en la cual “existe el mayor espacio para las disquisiciones que se aplican a todas las naciones por igual”.<sup>16</sup> Esto fue lo que permitió a Bentham ofrecer sus servicios de redacción de legislación a todo el mundo. En otras palabras, por lo general, fue el trabajo censorial (normativo) el que pertenecía a la jurisprudencia universal, mientras que el trabajo expositivo más “descriptivo” (lo que llamaríamos hoy academia doctrinal) a lo local.

La redefinición de la jurisprudencia general como la parte de la discusión que no se preocupa por las áreas jurídicas particulares sólo tiene sentido, y de hecho es necesaria para mantener una de las separaciones entre la jurisprudencia y la teoría política.

### III.

La filosofía jurídica puede continuar existiendo en la misma forma en que ha venido existiendo ya por algún tiempo, como un área nicho que interesa cada vez a un número más pequeño de personas,

<sup>15</sup> Bentham, J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford, Clarendon Press, 1996, pp. 293-95.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 295; *cf.* Priel, D., “One Right Answer? The Meta Edition”, en <http://ssrn.com/abstract=1835982>

DAN PRIEL

desprovista de preguntas importantes y respuestas interesantes. Alternativamente, puede abandonar la descaminada búsqueda platónica de un conjunto de características necesarias que todas las normas tienen y unirse al resto del mundo académico. Comencé con los tres aislamientos que invaden a la jurisprudencia académica. El primer paso para la renovación sería comenzar por tratar de adoptar sus contrarios. Lo que esto significa se explica casi solo, pero un par de comentarios pueden ser necesarios.

1) Los teóricos del derecho deben tener más interés en la práctica jurídica y, a través de ella, de la política y la teoría política. Demasiados debates actuales en jurisprudencia no son acerca del derecho, sino acerca de los escritos de otros filósofos. Esto es inevitable en una gran medida. Parte de la vida de cualquier disciplina intelectual consiste en refinar y desafiar ideas pasadas. No obstante, la jurisprudencia parece haber perdido el contacto con aquello que se supone trata: el derecho, a expensas de debates a menudo escolásticos entre filósofos. Estos son algunos de los temas que son adecuadamente “generales” y teóricos, pero que no encajan con las visiones mayoritarias de lo que la jurisprudencia general debería ser: la relación entre el derecho y otras instituciones sociales, el derecho en la democracia, la jurisprudencia comparada, el papel del derecho en el estado de bienestar, el papel y la relevancia de la dependencia del camino<sup>17</sup> en el derecho, las ideas evolutivas en el derecho, el derecho y el bienestar [*well-being*], los aspectos políticos de la taxonomía jurídica, lo que la investigación psicológica sobre la moralidad y las políticas nos dicen acerca de la forma que el derecho ha tomado, y muchos otros. Todos estos temas forzarán a los filósofos jurídicos a pensar más y más claramente acerca de la práctica real del derecho. Como lo veo, estas preguntas no son simplemente esfuerzos por diversificar o ramificar la materia. Pensadas de la forma adecuada, ellas deben considerarse valiosas para cualquier persona interesada en una respuesta a la pregunta “¿qué es el derecho?”.

2) *Los teóricos del derecho deberían adoptar la ciencia.* La ciencia es la más exitosa historia de los últimos tres siglos, y el éxito no

<sup>17</sup> Nota del editor: *Path Dependency*, traducida como *dependencia del camino*, se refiere a la influencia de las decisiones pasadas en las presentes.

DAN PRIEL

muestra señales de disminuir. Área tras área que una vez pensamos estaban por fuera del ámbito de la ciencia; ella ha probado estar a la altura del reto. La jurisprudencia ha tomado la dirección opuesta. La ruta histórica que conduce de Bentham a Austin, a Hart a Raz involucra un rompimiento con todos los vínculos con la ciencia que habían establecido los anteriores filósofos del derecho. Esto fue un compromiso consciente con la visión de que las preguntas fundamentales de la jurisprudencia están por fuera de la comprensión de la ciencia, que la reflexión filosófica es profundamente diferente y en algún aspecto opuesta a la científica. Como hemos visto, esta actitud requiere tanto un compromiso con lo que propiamente pertenece a la jurisprudencia como con una cierta metodología correspondiente. Creo que existe poco para apoyar esta visión y muchas razones para rechazarla. Los filósofos en otras áreas cada vez más reconocen que la ciencia es su amiga, no su competidora, una actitud que los filósofos del derecho deberían copiar.

3) *Los teóricos del derecho deberían intentar ofrecer modelos de derecho en vez de identificar su esencia o naturaleza.* En lugar de investigar las condiciones necesarias de la “naturaleza” del derecho, en lugar de buscar las condiciones de existencia que todos los sistemas jurídicos necesariamente tienen, los filósofos del derecho deberían intentar comparar lo que puede ser llamado “modelos” de derecho. Esta aproximación busca identificar no todas las características que algo debe tener para ser derecho, sino algunas características que ayuden a explicar ciertas características importantes acerca del derecho. El objetivo aquí es reconocer que la iluminación en la exploración de instituciones sociales a menudo se deriva del aislamiento de ciertas características y de entender un mecanismo simplificado que las explica. En el contexto del derecho, esto puede significar al menos dos cosas diferentes. Una es el reconocimiento de que los derechos en diferentes ambientes (premoderno versus moderno, democrático versus no democrático, en un estado de bienestar versus antes del estado de bienestar, en un mundo globalizado versus el mundo preglobalizado) tienen que enfrentar diferentes preocupaciones, y, por tanto, conceptos como el estado de derecho, obligación o coerción han tomado una forma diferente. Modelos diferentes pueden ilustrar esas diferencias. La segunda forma es in-

DAN PRIEL

cluso más interesante: a menudo se reconoce que la misma función puede ser realizada de formas diferentes. Un motor de vapor y un motor de combustión realizan la misma función, aunque de formas diferentes. De igual modo, diferentes sistemas jurídicos pueden realizar la misma función a través de mecanismos diferentes. Una vez más, la teoría del derecho puede ayudar no sólo a identificar funciones que los sistemas jurídicos llevan a cabo, sino también a sugerir diferentes modelos para las diferentes formas en las que esas funciones puedan realizarse.

#### IV.

Si lo que he dicho anteriormente es cierto, significará la muerte de la filosofía del derecho como el término es entendido actualmente por muchos de sus practicantes. Eso no debe lamentarse. También puede conducir a la muerte de la filosofía del derecho en el sentido más amplio del término —la reflexión filosófica sobre el derecho— como un objeto de investigación viable. Esta clase de investigación puede terminar subsumida (en la forma en que solía estar subsumida) en la filosofía moral o política, o en la filosofía social, o en otra disciplina (ciencia política, psicología). Quizá este es el destino final de un intento de hacer una investigación filosófica de un fenómeno social. Quizá la jurisprudencia sea capaz de reinventarse a sí misma en una forma interesante y novedosa, como el “lugar” para juntar diferentes puntos de vista de varias disciplinas, ninguna de las cuales tiene especial interés en el derecho. La jurisprudencia así entendida puede ser el nombre que demos al intento de producir una explicación unificada de esas diferentes perspectivas en derecho. Esto podría ser el fin de la teoría del derecho como la conocemos. Esto significa que los filósofos del derecho enfrentan un dilema: o continúan de la misma forma que la teoría del derecho ha sido realizada hasta hoy, poco pero lentamente volviéndose menos y menos relevante, menos y menos leída, a la que se le presta cada vez menos atención; o se reinventan de alguna forma. Paradójicamente, es la primera aproximación la que probablemente pueda mantener a la jurisprudencia viva, simplemente porque los tres aislamientos han creado

DAN PRIEL

una burbuja tan segura para la jurisprudencia que ninguna otra disciplina podría desafiarla, y, como resultado de la marginalización de la jurisprudencia que resulta de los tres aislamientos, nadie se molestaría. No obstante, de este modo, la jurisprudencia estaría viva en la misma forma que un hombre en coma está vivo. Al hacer relevante a la jurisprudencia, se corre el riesgo de eliminarla como una subdisciplina distinta, pues no seguiría siendo capaz de reclamar para sí un único conjunto de preguntas que estén por fuera del ámbito de otras disciplinas. Pienso que es un riesgo que vale la pena tomar.