

PROBLEMA

Anuario de Filosofía
y Teoría del Derecho 3

FILOSOFÍA DEL DERECHO GENERAL:
ENSAYO DEL 25 ANIVERSARIO*

Leslie GREEN**

Resumen:

Al sopesar los avances de la filosofía jurídica angloparlante durante 25 años, Leslie Green sostiene que ha habido progreso en algunos problemas, como el del entendimiento de las reglas y las razones en el derecho; mientras que en otras áreas —en particular, en las discusiones sobre la relación entre el derecho y la moral— ha habido un desinterés creciente; y que con respecto a la relación entre el derecho y la coacción, se ha avanzado muy poco desde aquel argumento que H. L. A. Hart presentara, en 1961, contra el reduccionismo. En este punto se ha perdido de vista una de las razones centrales para ocuparse del aspecto coactivo del derecho: que ésta es la manera más directa en que el derecho ejerce su poder. Por último, el autor examina el reciente “giro metodológico” dentro de la filosofía del derecho; por fortuna, la materia ahora tiene más conciencia en cuanto a su estatus y a sus métodos. El ensayo concluye explorando la manera en que Dworkin retoma la idea de Fuller de que la teoría del derecho debe tener la capacidad de ser útil a los abogados y a los jueces. En contraste con esta perspectiva, Green aduce que si bien el derecho es práctico, una teoría sobre la naturaleza del derecho debe elaborarse en función de la verdadera naturaleza del derecho. A diferencia

* Título original “General Jurisprudence: A 25th Anniversary Essay”, publicado en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 25, núm. 4, 2005, pp. 565-580. Todos los derechos reservados L. Green 2005. Traducción de Enrique Rodríguez Trujano y Pedro A. Villarreal Lizárraga. Se agradece a Leslie Green y a la editorial Oxford University Press el permiso para realizar la traducción de este artículo e incluir su publicación en la revista *Problema*.

** Profesor de Filosofía del derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oxford; miembro del *Balliol College*, Oxford OX1 3BJ, UK; email: leslie.green@law.ox.ac.uk. Agradezco a Denise Réaume por sus valiosos comentarios.

del derecho, la filosofía del derecho tiene que ser verdadera para ser buena.

Palabras clave:

Filosofía del derecho, naturaleza del derecho, teoría jurídica, positivismo jurídico, relación derecho-moral, jurisprudencia analítica, H. L. A. Hart.

Abstract:

Surveying developments in a quarter-century of Anglophone legal philosophy, Leslie Green argues that there has been progress in some problems, such as the understanding of rules and reasons in the law; that in other areas—in particular, in discussions of the relationship between law and morality—there has been a marked narrowing of attention; and that with respect to the relationship between law and coercion, we have advanced very little beyond HLA Hart's 1961 argument against reductionism. Here, we have lost sight of one of the reasons for attending to the coercive aspect of law in the first place: that this is the most obvious way that law exercises power. Finally, the recent 'methodological turn' in jurisprudence is examined. To its benefit, the subject has become more self-conscious about its own status and methods. The paper concludes by exploring Dworkin's revival of Fuller's idea that a theory of law must be potentially useful to a lawyer or judge. Resisting this view, Green holds that while law is practical, a theory of the nature of law must answer to the truth about law. Unlike law itself, jurisprudence must be true in order to be good.

Keywords:

Jurisprudence, Nature of Law, Legal Theory, Legal Positivism, Law-Morality Relation, Analytical Jurisprudence, H. L. A. Hart.

SUMARIO: 1. *El derecho en general.* 2. *Las cuestiones persisten.* 3. *El giro metodológico.* 4. *¿Por qué molestarse?*

1. EL DERECHO EN GENERAL

El derecho es un asunto parroquial cuyo carácter y contenido depende de situaciones, perspectivas e instituciones locales. De ese modo, es posible que el más versado jurista del derecho inglés sea un ignorante del derecho estoniano, y ya no digamos del derecho de sociedades apartadas o de otras épocas. Decir que el derecho es “parroquial” puede sonar como una queja. Pero no lo es —después de todo, el derecho sería menos valioso si no estuviera firmemente arraigado en la sociedad a la que sirve—. Más bien, plantea la cuestión de saber qué tan viable es el proyecto de una teoría del derecho. Los hechos particulares pueden ser explicados, pero tener una teoría equivale a tener una explicación con algún nivel de generalidad. Una cosa es analizar las doctrinas correspondientes a un sistema jurídico, desarrollar las ramas de una filosofía del derecho especial; y otra cosa es preguntar hasta qué punto se puede desarrollar una filosofía del derecho general, una teoría del derecho *como tal*, que sea aplicable a los contratos y a las Constituciones, tanto en Estonia como en Inglaterra. No todo proyecto que se precie de ser una “teoría general” es inteligible. Hace algunos años cuando los politólogos aspiraron a construir teorías generales de la política, Alasdair MacIntyre se burló de ellos mediante la parábola de una búsqueda excéntrica de la teoría general de los agujeros.¹ Fue una advertencia necesaria; aunque en el derecho las cosas aún no llegan a esos extremos. La filosofía del derecho contemporánea no propone una teoría unificada de todo aquello que pueda ser llamado como “ley”, incluyendo la ley de Inglate-

¹ MacIntyre, Alasdair, “Is a Science of Comparative Politics Possible?”, en su *Against the Self-Images of the Age*, South Bend, Ind., University of Notre Dame Press, 1971, p. 260.

rra, la ley moral, las leyes de Morgan y la ley de Boyle.² No obstante, sí aspira a tener cierta generalidad, y de allí la cuestión de saber de qué manera esto podría lograrse.

Una respuesta a dicha cuestión fue ofrecida por Aristóteles, quien sostuvo que además de la “ley particular”, esto es, “aquella ley que cada comunidad establece y aplica a sus propios miembros”, existe una “ley universal”, los principios de justicia natural que vinculan racionalmente a todas las personas, más allá de los términos locales de cualquier asociación.³ Este es el germen de la tradición del derecho natural clásico, donde se afirma que la naturaleza del derecho se aprecia mejor en la ley universal, y que sólo podemos comprender las leyes particulares *como* leyes bajo la luz de aquella ley universal. Otra tradición, de carácter positivista, encuentra sus primeras expresiones en la obra de Thomas Hobbes, quien sostuvo que existe derecho dondequiera que exista el mandato de un soberano al cual uno está en obligación de obedecer. Puede variar quién sea el soberano y qué obligaciones imponga, pero siempre hay un tipo básico de estructura institucional como característica de toda sociedad con derecho. A pesar de sus diferencias, ambas tradiciones —hoy todavía vigentes— coinciden en un punto. Hobbes dice que “el conocimiento de las leyes particulares pertenece a quienes se dedican al estudio de las leyes de sus respectivos países; pero el conocimiento de la ley civil en general, a cualquier persona”.⁴ Y en este respecto Hobbes admite que su proyecto no es distinto del de Aristóteles: “mi propósito no es mostrar qué es derecho aquí y allá, sino qué es el derecho; y al igual que con Platón, Aristóteles, Cicerón y muchos otros, esto no implica dedicarse profesionalmente al estudio de la ley”.⁵

² Para una explicación de por qué no, véase Raz, J., “The Problem About the Nature of Law”, en su *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 196-98.

³ *Retórica*, 1373b.

⁴ *Leviatán*, cap. XXVI.

⁵ *Idem*.

Sería comprensible tener sospechas sobre esta idea. Por un lado, suena a pereza. Sugiere cierto tipo de atajo *a priori* para conocer la naturaleza del derecho. Por otro lado, corre un riesgo de vacuidad: ¿qué más podrían ser las verdades generales sobre el derecho sino banalidades? En 1961 un trabajo en deuda con las tradiciones hobbesiana y aristotélica señaló un camino por el cual este proyecto podía llevarse a cabo. En *El concepto de derecho* H. L. A. Hart defendió una teoría general que no era *a priori* y que, a juzgar por el número de personas que la consideró digna de ser refutada, tenía un contenido sustantivo. La influencia de su obra, y la del mismo autor, fue vital para la teoría jurídica anglo-parlante.⁶ Quizá no sea exagerado decir que los escritos y enseñanzas de Hart hicieron que el caótico embrollo que era la filosofía del derecho inglesa se convirtiera en una auténtica materia. En el periodo que le siguió, y especialmente en los últimos 25 años, una avalancha de libros especializados, revistas, artículos, diccionarios, manuales, páginas virtuales y conferencias han convertido aquella materia en una disciplina. No pretendo celebrar lo anterior. Foucault nos ha enseñado a sospechar de las disciplinas: ellas constituyen el conocimiento al ordenar un área, construir sus objetos y organizar la investigación. Esto tiene sus riesgos. Las disciplinas pueden marcar límites que son intrínsecamente borrosos; pueden eludir problemas que consideran fuera de aquellos límites, y estancarse dentro de ellos. En ese sentido, Ronald Dworkin, cuyo trabajo fue notable para la conformación de la filosofía del derecho posterior a Hart, llegó a rechazar que algunos teóricos del derecho hubieran inventado, según sus palabras, “una disciplina que puede desarrollarse por sí sola, sin necesidad de la experiencia y sin formarse, o siquiera estar familiarizada, con la literatura o la investigación que va más allá de su estrecho mundo

⁶ Para una valoración crítica de sus principales ideas véase MacCormick, Neil, *H. L. A. Hart*, Londres, Edward Arnold, 1981. Para una espléndida biografía que ayuda a entender su influencia, véase Lacey, Nicola, *A Life of H. L. A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford, Clarendon Press, 2004.

y sus contados discípulos”.⁷ Duras palabras. Pero ellas plantean una buena pregunta, que quisiera explorar aquí: ¿en qué medida la disciplinarización de la filosofía del derecho ha estrechado, o ampliado, a la materia? Por “materia” me refiero a la filosofía del derecho analítica en sus variantes aristotélica y hobbesiana; mientras que el estrechamiento o ampliación que me interesan son los vicios y virtudes colectivos de una disciplina, no los rasgos particulares de algún escritor. Mi meta no es resolver ninguno de los destacados temas —aunque no me esforzaré por ser neutral— sino evaluar la vitalidad, apertura e importancia de la materia.

2. LAS CUESTIONES PERSISTEN

Independientemente de sus demás objetivos, toda teoría general del derecho tiene en su parte medular una explicación de la naturaleza del derecho. Hart propuso abordar este punto a través de la respuesta a lo que llamó tres “cuestiones persistentes” de la filosofía del derecho:⁸ ¿cómo se relacionan el derecho y la obligación jurídica con las órdenes respaldadas por amenazas?, ¿cómo se relacionan el derecho y la obligación jurídica con las exigencias de la moral?, ¿qué es una regla y cuál es el papel que desempeñan las reglas en el derecho? Ciertamente estas preguntas no son las únicas que vale la pena plantear —como veremos, una pregunta que preocupa a nuestra época ni siquiera aparece en esta lista— pero las recientes aproximaciones a estas preguntas podrían ser un indicador de la salud de esta empresa. Permítaseme comenzar con buenas noticias.

⁷ Dworkin, Ronald, “Thirty Years On”, *Harvard Law Review*, vol. 115, 2002, p. 1679. Pero véase también la réplica de Leiter, B., “The end of Empire: Dworkin and Jurisprudence in the 21st Century”, *Rutgers Law Journal*, vol. 35, 2005, p. 165.

⁸ Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2a. ed., Raz, J. y Bulloch P. (eds.), Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 6-13.

A. *Derecho y reglas*

Hart dijo que el derecho es un sistema de reglas sociales, y que todo sistema contiene reglas que orientan la conducta de las personas, junto con reglas que identifican, cambian y se aplican a las reglas que guían la conducta, de las cuales, en suma, se constituyen las reglas consuetudinarias de los oficiales que, en la práctica, son usadas como criterios de orientación y valoración. Es mediante la caracterización de estos usos que explicamos la “normatividad” del derecho: el lenguaje normativo expresa la disposición de guiar o de ser guiado, de evaluar o ser evaluado, a través de las reglas que constituyen el derecho. Aunque no hay derecho sin reglas sociales, y por consiguiente un grado de consenso entre cuando menos los oficiales, ese consenso siempre es incompleto. La aplicación de reglas nunca es más que una parte de la adjudicación, ya que las reglas heredan las indeterminaciones de la intención y del lenguaje, por lo cual aun cuando el derecho haya sido expresado de la manera más clara posible, los jueces todavía deben ejercer una discreción al adaptar y crear reglas.

Este esquema sigue siendo influyente, especialmente entre positivistas. Sin embargo, pocos lo siguen sin hacerle modificaciones. Una de las modificaciones más importantes fue la planteada por Joseph Raz. La tesis de Hart tiene como consecuencia que el término “obligación”, por ejemplo, adquiera significados diferentes en el contexto legal y en el contexto moral. En el derecho, la obligación expresa una disposición a emplear ciertas reglas, serias y categóricas, como guías para la acción, y no expresa nada respecto de la deseabilidad de dichas reglas. La gente puede actuar de conformidad con las normas por muchas razones o por ninguna en absoluto. En cambio, para Raz el lenguaje normativo tiene la característica de establecer razones para actuar y, en el caso del derecho, las razones establecidas son de un tipo especial. Debido a un compromiso que explicaré en la siguiente sección, Hart exageró la peculiaridad del

lenguaje jurídico. Fue incapaz de ver que no hay un significado especial de los términos normativos en el derecho, sino que sólo hay indiferencia, o falta de compromiso, frente al punto de vista interno desde el cual se formulan los juicios que emplean esos términos.⁹ Es por ello que la filosofía del derecho necesita estar anclada en una teoría de las razones y del razonamiento práctico.

¿Qué necesita saber la filosofía del derecho con respecto a las reglas? Necesita comprender sus características lógicas, su función en el pensamiento práctico y el tipo de circunstancias en las que ellas son de utilidad. Hemos visto progreso en todos estos frentes.¹⁰ Algunos autores piensan que necesitamos más: “Lo que necesitamos es una explicación de cómo las reglas sociales... pueden ser, sin embargo, buenas razones”.¹¹ La expresión “sin embargo” sugiere un misterio, aunque no nos dice de qué se trata. Quizá es la idea de que entre una regla y una razón hay un vacío que necesita ser cubierto, por algo que *convierta* a esa regla en una razón. De ese modo, algunos argumentaron que las reglas funcionan como razones cuando resuelven problemas de coordinación, y de allí el porqué las reglas jurídicas son normativas.¹² O quizá las normas son parte de complejas intenciones de cooperación, para lo cual la filosofía del derecho debería recurrir más a la ayuda de la teoría de la ac-

⁹ Raz, J., *Practical Reason and Norms*, Oxford, Clarendon Press, 1991, pp. 170-77; *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, Clarendon Press, 1994, especialmente los caps. 10 y 11.

¹⁰ Sobre estas cuestiones véanse los artículos de Raz en nota 9; Gardner, J. y Macklem, T., “Reasons”, en Coleman, J. y Shapiro, S. (eds.), *Oxford Handbook of Jurisprudence and the Philosophy of Law*, pp. 440-75; Schauer, F., *Playing by the Rules*, Oxford, Clarendon Press, 1991; y Alexander, L. y Sherwin, E., *The Rule of Rules*, Durham NC, Duke University Press, 2001.

¹¹ Coleman, J., *The Practice of Principle*, Oxford, Clarendon Press, 2000, p. 86.

¹² Postema, G., “Co-ordination and Convention at the Foundations of Law”, *Journal of Legal Studies*, vol. 11, 1982, p. 165; Coleman, J., “Negative and Positive Positivism”, *Journal of Legal Studies*, vol. 11, 1982, p. 139. Para críticas véase Green, L., “Positivism and Conventionalism”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 12, 1999, pp. 35-52.

ción social, que a la teoría de juegos.¹³ O quizá toda la cuestión parte de un error: no existe ningún vacío entre las reglas y las razones, puesto que las reglas constituyen hechos que pueden ser tomados y ofrecidos como razones sin considerar lo buenas que sean.¹⁴

Cualquiera que sea la relación entre las reglas y las razones, todas las teorías toman a las reglas sociales como puntos nodales de consenso. No obstante, también debemos pensar en el disenso. Actualmente la filosofía del derecho general está más atenta a las diferentes fuentes del desacuerdo,¹⁵ e incluso dentro de la forma que Hart exploró más cuidadosamente, tenemos una comprensión bastante clara de la importancia de la vaguedad o la “textura abierta”.¹⁶ No sólo siempre habrá casos indeterminados, ningún principio podrá jamás regularlos, ya que puede ser indeterminado saber *si* un caso es indeterminado, y por consiguiente si opera o no el principio (el cual a su vez puede no estar determinado por completo). Un reto de mayor alcance fue planteado por Dworkin. Él negó que existiera mucho acuerdo en el derecho, pero pensaba que había mucho derecho, así que concluyó que el derecho no podía depender del acuerdo. Algunas veces Dworkin subrayaba el punto anterior diciendo que no necesita haber ninguna “convención” compartida como base del derecho, lo que sugería que podría ser suficiente si la gente compartía alguna otra cosa, quizá las “convicciones”.¹⁷ Pero su punto de vista es más

¹³ Shapiro, S., “Law, Morality and the Guidance of Conduct”, *Legal Theory*, vol. 6, 2000.

¹⁴ Marmor, A., *Positive Law and Objective Values*, Oxford, Clarendon Press, 2001, cap. 1.

¹⁵ Véase Waldron, J., “Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues”, *California Law Review*, vol. 82, 1994, p. 509.

¹⁶ Endicott, T., *Vagueness in Law*, Oxford, Clarendon Press, 2000. Para una perspectiva escéptica de la relevancia de las teorías filosóficas de la vaguedad hacia la ley véase Schiffer, S., “A Little Help from Your Friends?”, *Legal Theory*, vol. 7, 2001, pp. 421-31; Greenawalt, K., “Vagueness and Judicial Responses to Indeterminacy”, *Legal Theory*, vol. 7, 2001, pp. 433-45.

¹⁷ Dworkin, R., *Law's Empire*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1986, pp. 136-7.

radical: el derecho puede generarse *sin* acuerdo alguno, siempre y cuando haya suficientes materiales jurídicos (bien identificados en principio) con los cuales se pueda adoptar una “actitud interpretativa” con la cual trabajar. Esta actitud atribuye un propósito general a dichos materiales, y por lo tanto interpreta sus exigencias de la manera que más se ajusten y justifiquen a la luz de ese propósito. Ningún consenso es necesario; por el contrario, “entre más aprendemos de derecho, más nos convencemos de que nada de lo importante que hay en él es incontrovertible”.¹⁸ De modo que no es inconcebible —simplemente no es muy probable— que ninguno de los postulados de la Constitución de los Estados Unidos sea derecho en esa jurisdicción.¹⁹ Dicho de otra manera, el derecho no es fijado por el consenso de creencias, actitudes o valores; es fijado por una teoría. Por eso es factible que todos los individuos de una sociedad (los tribunales, las legislaturas y los ciudadanos) puedan estar equivocados en cuanto a lo que el derecho realmente es, así como alguna vez estuvimos equivocados con respecto a la verdadera naturaleza del agua o la forma de la Tierra.²⁰ El derecho no es un edificio *construido* por reglas, es una actitud que *construye* reglas cuando expresa los resultados de la mejor justificación. Puede ser que esta teoría sea poco conocida, o inclusive que no haya sido descubierta, puesto que es posible que nadie haya elaborado aún la mejor justificación para nuestras prácticas. Dependiendo de la naturaleza de la verdad moral, puede haber derecho que no sólo es desconocido hoy en día, sino que es incognoscible para cualquiera de sus miembros actuales.

Francamente, hemos recorrido un largo camino desde 1961. Si acaso alguna de estas tesis rivales estuviera cerca

¹⁸ *Ibidem*, p. 10.

¹⁹ Véase Endicott, T., “Herbert Hart and the Semantic Sting”, en Coleman, J. (ed.), *Hart’s Postscript*, Oxford, Clarendon Press, 1996, pp. 53-5.

²⁰ Stavropoulous, N., *Objectivity in Law*, Oxford, Clarendon Press, 1996; Dworkin, R., “Hart’s Postscript and the Character of Political Philosophy”, *OJLS*, vol. 24, 2004, p. 13.

de estar en lo correcto, la teoría hartiana de la naturaleza y del papel de las reglas jurídicas está equivocada, y equivocada en un sentido fundamental. Pero el punto más importante es que estos debates han profundizado, ampliado y mejorado nuestra comprensión de la relación entre el derecho y las reglas, o cuando menos lo que está a discusión en nuestras teorías sobre la relación. Aquí, la filosofía jurídica ha empleado eclécticamente cualquier recurso que parezca efectivo, e incluso ha exportado sus resultados a otras áreas de la filosofía. En esta primera cuestión persistente, la filosofía del derecho general parece estar en buenas condiciones.

B. *Derecho y moral*

La posición de nuestra segunda cuestión persistente es, me temo, algo diferente. Aquí, la atención y la ambición de la filosofía del derecho se han reducido drásticamente. Hart sostuvo que hay diversas relaciones entre el derecho y la moral, y que no comprenderíamos la naturaleza del derecho hasta que comprendiéramos cada una de estas relaciones: la moral evalúa al derecho; las actitudes morales dan forma al derecho; el derecho tiene pretensiones morales; la moral podría dar sustento a la validez del derecho. Hart investigó algunos de estos temas más que otros. Sin embargo, lo que desconcertó a los teóricos posteriores fue el hecho de que Hart también sostuvo una tesis famosa y omnicomprensiva con respecto a estas relaciones. Hart dijo que ninguna de esas relaciones entre el derecho y la moral eran necesarias.

Esa tesis omnicomprensiva llegó a ser conocida como la “tesis de la separabilidad”.²¹ Ninguna otra proposición en la filosofía del derecho general ha recibido tanta atención como ella en los últimos 25 años. Los teóricos del derecho discutieron si dicha tesis era verdadera, si Hart la había afirmado, y si acaso era una tesis relevante. Algunos teóri-

²¹ Creo que la etiqueta se debe originalmente a Coleman, J., “Negative and Positive Positivism”, *Journal of Legal Studies*, vol. 11, 1982, p. 139.

cos naturalistas hicieron del rechazo a la tesis de la separabilidad el centro de su postura; otros no tomaron ese camino.²² Algunos positivistas rechazaron la tesis de la separabilidad.²³ Otros replicaron que la tesis era no tanto falsa sino engañosa, o que había sido descontextualizada.²⁴ Al decir que “no hay una conexión necesaria entre el derecho y la moral” sólo se intentaba presentar un argumento sobre el posible contenido de la regla de reconocimiento. Algunos dicen que eso fue todo lo que Hart pretendió —después de todo, ¿no aceptaba Hart la tesis de que todo sistema jurídico necesariamente tenía un contenido mínimo de moral, y que seguir una regla necesariamente contenía el “germen de la justicia”?—.²⁵

La dificultad aquí no es que no haya un auténtico problema; más bien es que hay demasiados problemas y que la tesis de la separabilidad trataba de resolverlos todos al mismo tiempo. Dos cosas (me) parecen claras. En primer lugar, Hart sí sostuvo la tesis de la separabilidad, y en su sentido más amplio. Una muestra de qué tanto le importaba a Hart esta cuestión es el hecho de que él siempre se resistió a aceptar el argumento de Raz, según el cual la obligación jurídica pretende establecer un particular punto de vista con respecto a las razones morales para actuar y que el derecho necesariamente pretendía tener una autoridad moral. Éstas son conexiones muy débiles con la moral, ya que los puntos de vista y las pretensiones pueden ser fingidas o equivocadas. Pero Hart no aceptó nada de eso, e incluso coqueteó

²² Alexy, R., *The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 2002, p. 20. En contraste con Finnis, J., “The Truth in Legal Positivism”, en George, R. P. (ed.), *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1996, pp. 203-05.

²³ Raz, J., *Practical Reason and Norms*, cit., nota 9, pp. 165-70; Gardner, J., “Legal Positivism: 5 ½ Myths”, *American Journal of Jurisprudence*, vol. 46, 2001, pp. 222-23; Green, L., “Legal Positivism”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (primavera de 2003).

²⁴ Coleman, J., *The Practice of Principle*, cit., nota 11, p. 104; Kramer, M. H., “On the Separability of Law and Morality”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 14, 2004, pp. 315-35; Morauta, J., “Three Separation Theses”, *Law and Philosophy*, vol. 23, 2004, pp. 111-35.

²⁵ Hart, *The Concept of Law*, cit., nota 8, pp. 193-200 y 206.

con la corriente kelseniana a fin de no renunciar a la tesis de que *no hay* relaciones necesarias entre el derecho y la moral.²⁶ En segundo lugar, resulta claro que Hart consideró asimismo la tesis más estrecha, aquella que discuten tanto los juristas contemporáneos. Hart dijo: “no es en ningún sentido una verdad necesaria que las leyes deban reproducir o satisfacer ciertas exigencias de moralidad, aunque de hecho a menudo lo hagan”.²⁷ Sin embargo, el rechazo de una relación necesaria de adecuación no constituía su definición de la *tesis de la separabilidad*; más bien, era su definición compacta del *positivismo jurídico*. La teoría de la normatividad de Raz contiene con la primera, pero no con la última.

De hecho, las cosas empeoraron todavía más, ya que posteriormente la tesis positivista fue a su vez reducida a una sola cuestión: si acaso las condiciones fundamentales para la existencia del derecho pueden incluir criterios morales. La explicación de esta obsesión es en parte teórica y en parte polémica. Teóricamente, es por supuesto una cuestión central sobre la relación entre el derecho y la moral. Sin embargo, igualmente importante fue el hecho de que muchos vieron en ella una ocasión para responder a los argumentos más incisivos de Dworkin, en cuanto a que las consideraciones morales aparecen en el discurso legal de una manera que no puede ser explicada desde una perspectiva positivista. Con base en sugerencias anteriores, W. J. Waluchow, Jules Coleman, Matthew Kramer y otros consideraron que Dworkin estaba en lo correcto al notar que hay *tests* morales para determinar qué es el derecho, pero que se equivocaba al suponer que éstos eran necesarios.²⁸ Las condiciones sociales de la validez del derecho son fundamentales, y si a la vez proporcionan *tests* morales para determinar qué es el derecho, se trata de una verdad intere-

²⁶ Hart, H. L. A., *Essays on Bentham*, Oxford, Clarendon Press, 1982, p. 267.

²⁷ *The Concept of Law*, cit., nota 8, pp. 185-86.

²⁸ Waluchow, W. J., *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1999; Coleman, J., *The Practice of Principle*, Oxford, Clarendon Press, 2001; Kramer, M., *Law Without Trimmings*, Oxford, Clarendon Press, 1994.

sante pero meramente contingente. En el apéndice póstumo (“Postscript”) a *El concepto de derecho*, Hart dijo que ese era también su punto de vista, lo cual tornaba irrelevantes varias críticas de Dworkin.²⁹ Aun si la mayoría de los sistemas jurídicos, o todos ellos, necesitaran realizar valoraciones morales para conocer el derecho, los positivistas podrían descansar tranquilamente al saber que esto no tiene que ser así; el positivista sabe que “conceptualmente es posible que exista un sistema jurídico donde los criterios de validez se basan exclusivamente en su linaje o su fuente”.³⁰

Dworkin pensó que con esto había ganado la discusión, aunque la cuestión no es así de clara. Los teóricos incluyentes pusieron a la moral dentro del derecho a través de las fuentes: una Constitución puede prohibir las penas “cruelles”; un código puede exigir una “audiencia justa” y así por el estilo. Sin embargo, ellos no estaban deduciendo, a partir de un ideal normativo, una proposición sobre el derecho, a la manera de aquellos economistas que decían que el hecho de que un principio fuera eficiente mostraba que éste había de ser legalmente vinculante en los tribunales (éste es, incidentalmente, el único ejemplo viviente de aquella caricatura de la llamada “falacia naturalista” que pasa del “debería ser” al “es”). Tampoco estaban sugiriendo, junto con Tony Honoré, que en vista de que el derecho exige una rectitud moral, hay una predisposición a que se planteen exigencias de este tipo en el tribunal, de modo tal que la moral es siempre una fuente persuasiva de derecho.³¹ Los positivistas incluyentes dijeron que la moral debe introducirse por medio de una *incorporación* explícita, o quizá implícita, y que ha de ser *vinculante*, no persuasiva. Ésta fue una cuestión teóricamente delicada. Primero, la moral social y la decisión judicial fijan el significado de al menos

²⁹ *The Concept of Law*, cit., nota 8, pp. 250-54.

³⁰ Himma, K. E., “Inclusive Legal Positivism”, en Coleman, J. y Shapiro, S., *Oxford Handbook of Jurisprudence and Legal Philosophy*, p. 136.

³¹ Honoré, T., “The Necessary Connection between Law and Morality”, *OJLS*, vol. 22, 2002, pp. 489-95.

algunos conceptos jurídicos, de tal modo que el mero hecho de que uno encuentre “términos” de resonancia moral en el derecho no demuestra que uno haya encontrado moral en el derecho. Los homónimos están en todos lados. Segundo, si la perspectiva de la incorporación fuera cierta, de allí no se seguiría que los tribunales estuvieran haciendo lo que Dworkin dice que hacen, a saber, intentando desentrañar lo que la moral realmente exige al derecho. Sin la apuesta interpretativista, podría resultar que los criterios morales socialmente incorporados sean los criterios morales *incorrectos* al momento de fundamentar la decisión en cuestión. Supongamos que el derecho dice que debemos decidir si algo es obsceno en función de si existe un interés “lascivo”, o decidir si un contrato es nulo al descubrir que éste fue “engañoso”. Supongamos que estas expresiones nombran vicios morales y no sólo doctrinas jurídicas o convenciones sociales. Con todo, estas expresiones podrían ser los vicios *incorrectos* de los cuales uno debe preocuparse desde el punto de vista moral. La tesis de Dworkin no era simplemente que en los tribunales ocurre un tipo de moralización; sino que la moralización pretende averiguar qué es lo moralmente *correcto* mediante la vaga noción de “ajuste”. Es difícil ver cómo la incorporación por sí sola podría lograr lo anterior.

La opinión positivista contraria, de que el derecho termina donde comienza cualquier tipo de moralización, fue defendida por Raz como la “tesis de las fuentes”, o lo que Waluchow llamó “positivismo jurídico excluyente”.³² Uno de los argumentos empleados por Raz, para trazar una línea justo allí, tenía como base la naturaleza autoritativa del derecho. Todo derecho pretende tener una autoridad legítima, y solamente puede tenerla si es un tipo de cosa que *podría* tener autoridad. La pretensión puede ser artificial —el derecho puede ser innecesario, injusto o insensato— pero la pretensión debe ser inteligible. Las autoridades prácticas como el

³² Raz, J., *Ethics in the Public Domain*, cit., nota 2, cap. 10; Raz, J., *The Morality of Freedom*, cap. 3.

derecho tienen la función de mediar entre sus ciudadanos y las razones básicas por las cuales esos individuos deberían actuar. Las autoridades deberían basar sus directivas sobre aquellas razones, y su autoridad estaría justificada sólo si al tratar de seguir sus directivas hace más probable que los sujetos cumplan con las razones de fondo. Pero esto sólo es posible si las directivas pueden ser identificadas por un camino independiente al de apelar a aquellas mismas razones. El derecho no puede ayudar a nadie a saber lo que debería hacer si, para saber lo que el derecho exige, uno debe comprender con anticipación lo que debería hacer. Actualmente este es uno de los argumentos más discutidos en la filosofía del derecho analítica.³³ Incluso quienes no simpatizan con las posiciones de Raz encuentran su explicación provechosa.³⁴ Este no es el lugar para evaluar los argumentos. Sin embargo, muchos parecen inclinarse hacia la posición de Coleman de que “el debate entre el positivismo jurídico incluyente y excluyente depende... de la cuestión de si acaso los criterios [morales] son o no compatibles con la autoridad legal”.³⁵ Si es esto lo que ha cobrado relevancia —y me temo que así ha sido— es una lástima. Probablemente nada importante en la filosofía del derecho depende de una sola pregunta (y es un tanto sorprendente escuchar a Coleman, el holista pragmático, sugerir lo contrario). Es fácil entender el interés por la autoridad en el argumento de Raz. Allí se plantea el tipo de caso que a los filósofos les gusta desmenuzar: se puede presentar con claridad, tiene un carácter conceptual y pretende llegar a conclusiones sustantivas. Pero no es el único argumento a favor de la te-

³³ La literatura es enorme. En principio, véase Waluchow, W. J., *Inclusive Legal Positivism*, *cit.*, nota 28; Marmor, A., *Positive Law and Objective Values*, Oxford, Clarendon Press, 2000, pp. 49-70; Coleman, J., *Practice of Principle*, *cit.*, nota 11; Dworkin, R., “Thirty Years On”, *cit.*, nota 7; Shapiro, S., “Law, Morality and the Guidance of Conduct”, *cit.*, nota 13.

³⁴ Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980, pp. 233-7; Waldron, J., “Authority for Officials”, en Meyer, L. H., Paulson, S. L. y Pogge, T. W. (eds.), *Rights Culture and the Law*, Oxford, Clarendon Press, 2003, pp. 45-69.

³⁵ Coleman, J., *The Practice of Principle*, *cit.*, nota 11, p. 68.

sis de las fuentes, ni está siendo rebatida por la única refutación posible.³⁶

No quiero sugerir que todos estuvieron obsesionados con este argumento todo el tiempo. Algunos filósofos del derecho y de la política —especialmente quienes trabajaban fuera del ámbito de la filosofía del derecho general— siguieron preocupándose por los límites morales del derecho, el Estado de derecho, el deber de obedecer el derecho, etcétera.³⁷ Pero con frecuencia estos argumentos fueron continuados al margen de las teorías del derecho natural, y en cualquier caso el centro de gravedad del debate sobre el derecho y la moral había cambiado. Allí donde Hart observó muchos problemas, nuestros contemporáneos tendieron a ver sólo uno, y al hacerlo así alcanzaron una perspectiva más profunda y clara respecto de un problema más específico.

C. *Derecho y coacción*

La tercer cuestión es quizá la más deprimente. Aquí tenemos un estancamiento. Los principales intereses de Hart en cuanto a la relación entre el derecho y la fuerza coactiva se resumen en dos interrogantes: Hart quería saber si Austin y Kelsen tenían razón al sostener que toda norma jurídica es una norma coactiva que proporciona o autoriza una sanción o una pena; por otro lado, también quería saber si la amenaza de imponer sanciones podría explicar la normatividad del derecho. Hart respondió negativamente a ambas interrogantes, y los argumentos que utilizó aún son ampliamente considerados como contundentes. En el núcleo de su respuesta había una idea central: todas las normas jurídicas deben ser entendidas e identificadas “desde el punto de vista de quienes las ejercen”, de modo que la vía idónea

³⁶ Para otras consideraciones relevantes véase Raz, J., *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979, cap. 3 y Green, L., “Legal Positivism”, *cit.*, nota 23.

³⁷ Para un debate respecto de la reciente literatura de obligación política, véase Green, L., “Law and Obligation”, en Coleman, J. y Shapiro, S. (eds.), *Oxford Handbook*.

para clasificar las reglas es a través de los usos que les dan quienes las aplican.³⁸ La gente no cree que todas las reglas jurídicas impongan sanciones, ya que no todas las reglas se usan solamente en ese sentido. Los poderes legales, “una de las grandes contribuciones del derecho a la vida social”,³⁹ no se utilizan para imponer; se utilizan para facilitar. Incluso en el derecho penal o en materia de responsabilidad civil, el uso primario de las obligaciones es regular la conducta fuera de los tribunales; las sanciones y la reparación civil son el “plan B” del derecho. Esto deja sin resolver otra cuestión. Aun cuando sea falso que todas las leyes son necesariamente coactivas, podría ser cierto que todo sistema jurídico sea necesariamente coactivo en la medida de que cada uno de ellos contiene necesariamente algunas normas coactivas. Joseph Raz y John Finnis demostraron que esto también es falso. Es posible imaginar un sistema jurídico en el que *solamente* haya “Plan A”. Incluso una sociedad de ángeles tendría necesidad del derecho: los bienhechores también necesitarían coordinar sus actividades, y habría circunstancias en las cuales no podrían hacerlo sin la ayuda de reglas autoritativas.⁴⁰ Por lo tanto, el derecho no es esencialmente un instrumento de motivación, sino un instrumento de información; y la presencia de sanciones en todos los sistemas jurídicos existentes sería explicada por las características de la naturaleza humana, no por una característica de la naturaleza del derecho.

Hubo pocas opiniones divergentes. Entre ellas, Grant Lamond argumentó de manera plausible que la existencia de la coacción en el derecho no se reduce a la cuestión de si el derecho necesariamente impone sanciones; puede haber otras formas mucho menos directas en las cuales aparece la coacción. ¿Acaso no todo sistema jurídico, incluso uno angelical, necesariamente se adjudicaría una autoridad

³⁸ *The Concept of Law*, *cit.*, nota 8, p. 41.

³⁹ *Ibidem*, p. 28.

⁴⁰ Raz, *Practical Reason and Norms*, *cit.*, nota 9, pp. 154-62; Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, *cit.*, nota 34, pp. 266-70.

para activar la coacción si surge la necesidad de ello?⁴¹ En una forma que recuerda a Kelsen,⁴² Dworkin dijo que existe una conexión necesaria entre el derecho y su ejecución forzada. Dondequiera que haya derecho, habrá una justificación *prima facie* para el uso oficial de la fuerza, aunque en la perspectiva de Dworkin esta justificación no se deba a la simple autorización de la ley, sino a la rectitud moral: “el derecho insiste en que la fuerza no sea usada o denegada... excepto cuando sea permitida o exigida por los derechos y responsabilidades de las personas, de acuerdo con las decisiones políticas anteriores que han determinado en qué casos se justifica el uso de la fuerza colectiva”.⁴³ La posición que concibe el derecho como una entidad que autoriza la coacción coincide en este punto con las posturas tradicionales sobre el Estado de derecho; pero va más allá al requerir decisiones anteriores que indiquen no sólo cuándo la coacción ha de ser empleada, sino también cuándo la coacción *no* ha de ser empleada (“usada o denegada”). Si esto suena riguroso en extremo, recuérdese que puede haber una “decisión política anterior”, en sentido dworkiniano, aun si no existiera en el pasado ningún evento que fuera considerado como base de esa decisión; esto también es materia de interpretación. Dworkin formuló, tentativamente y sin dar argumentos, la perspectiva de que el derecho autoriza la coacción, a pesar de que él consideraba que esta perspectiva podría ser un punto de acuerdo común en cuanto a la función del derecho, una característica del derecho cifrada en la “fuerza” que cualquier teoría sobre los fundamentos del derecho necesitaría explicar. Algunos teóricos apoyaron la idea de que el derecho tiene una función especial, pero discreparon en cuanto a su naturaleza. Jeremy Waldron dijo que “el objetivo del derecho es facultar-

⁴¹ Lamond, G., “The Coerciveness of Law”, *OJLS*, vol. 20, 2000, pp. 39-62; Lamond, G., “Coercion and the Nature of Law”, *Legal Theory*, vol. 7, 2001, pp. 35-57.

⁴² Dworkin también concuerda con Kelsen en cuanto a que no hay lagunas en la ley, y que las normas jurídicas se dirigen principalmente a los tribunales. No puedo explorar estas similitudes aquí.

⁴³ *Law's Empire*, *cit.*, nota 17, p. 93.

nos para actuar frente a los desacuerdos”; Michael Moore dijo que el derecho busca crear justicia; y John Finnis dijo que busca alcanzar el bien común.⁴⁴ Muchos otros se bajaron del tren en la primera estación, como Weber, Kelsen y Hart, quienes dijeron que es un error pensar al derecho como si tuviera *algún* tipo de función distintiva, ya no digamos la función de autorizar la coacción.

Pocos fueron los juristas, de cualquier corriente, que se detuvieron a preguntar por qué deberíamos preocuparnos por la relación entre el derecho y la coacción. Cualquier otro que no estuviera trabajando en la filosofía del derecho general tendría una respuesta inmediata: el derecho encarna el poder político, y la coacción es la cara dura del poder. Esto nos invita a pensar si en el derecho podría haber también una cara blanda del poder. Si pensamos en el tipo de reglas que atormentaron a los teóricos de la coacción, las reglas para celebrar contratos, por ejemplo, y preguntamos “¿Acaso estas reglas son completas y tienen funciones distintivas?”, nos veríamos inclinados a responder, junto con Hart, que “sí”. Pero si en lugar de ello preguntáramos: “¿Acaso la importancia de estas reglas reside únicamente en las facilidades que ofrecen a los particulares?”, entonces tendríamos que responder, junto con Kelsen, que “no”. Las reglas autosuficientes son capaces de funcionar en conjunto con otras reglas coactivas jurídicas, y con normas coactivas no jurídicas, en un sistema de poder social. Las preguntas de quién tiene el poder de celebrar contratos, qué le permite ese poder, cuáles son los términos no explícitos de los acuerdos, etcétera, aunque no plantean una pregunta directa sobre la coacción, sí generan una interrogante más amplia de la cual nuestro interés en la coacción es un solo aspecto: ¿quién tiene poder para hacer qué? Mi intuición es que los estudiantes de la filosofía del derecho general eluden estos problemas, al considerarlos demasiado particula-

⁴⁴ Waldron, J., *Law and Disagreement*, Oxford, Clarendon Press, 1999, p. 7; Moore, Michael, “Law as a Funcional Kind”, en George, R. (ed.), *Natural Law Theory*, pp. 188-242; Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, pp. 245-52.

res o demasiado empíricos. Pero pueden existir características comunes a todos los poderes voluntarios; por ejemplo, tales poderes ponen el control en las manos de quienes tienen la capacidad de ejercer su voluntad, lo cual es un amplio pero adecuado subconjunto de la población humana. Muchos teóricos del derecho expresaron su deseo de que la filosofía del derecho general pudiera aprender más de la teoría social, y asimismo contribuir a ella.⁴⁵ La relación entre el derecho y el poder bien podría haber sido un punto de contacto. Ciertamente hubo un buen trabajo conceptual para cimentar una teoría.⁴⁶ Sin embargo, no fue la filosofía analítica del derecho la única que tiró la toalla; en otras ramas de la teoría jurídica, donde uno lo hubiera esperado, tampoco hubo una discusión en torno al poder.⁴⁷ Hubo, es verdad, quienes intentaron aprovechar la observación de Michel Foucault de que el poder es “una red productiva que pasa a través de todo el cuerpo social”, con base en lo cual Foucault asevera que “lo que necesitamos... es una filosofía política que no sea erigida sobre el problema de la soberanía ni, en consecuencia, sobre los problemas del derecho y la prohibición. Necesitamos cortarle la cabeza al rey”.⁴⁸ Hasta donde sé, Foucault nunca leyó a Hart, por lo que la noticia del regicidio quizá nunca llegó a sus oídos. Pero el resto de nosotros no tiene excusa. Hemos sabido por más de medio siglo por qué el derecho debe ser más que soberanía y prohibición, y cómo su influencia social no es meramente regulativa sino constructiva. Sabemos que

⁴⁵ Krygier, M., “The Concept of Law’ and Social Theory” *OJLS*, vol. 2, 1982, pp. 155-80; Tamanaha, B. Z., “Socio-Legal Positivism and a General Jurisprudence”, *OJLS*, vol. 21, 2001, pp. 1-32; Lacey, N., “Analytical Jurisprudence and Descriptive Sociology Revisited”, *Texas Law Review*, en prensa.

⁴⁶ Véase, e. g., Lukes, S., *Power: A Radical View*, Londres, Macmillan, 1974.

⁴⁷ No hay análisis del poder en Collins, Hugh, *Marxism and Law*, Oxford, Oxford University Press, 1984; ni en Kennedy, Duncan, *A Critique of Adjudication*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1997; ni en las 1,139 páginas de Unger, R., *Politics, a Work in Constructive Social Theory*, 3 vols., Cambridge, MA, Harvard University Press, 1987.

⁴⁸ Foucault, M., *Power/Knowledge: Selected Interviews and Other Writings 1972-77*, Gordon, C. (ed.), New York, Pantheon Books, 1980, p. 121.

existen reglas jurídicas que no son coactivas y que el derecho tiene funciones no coactivas. El hecho de que hayamos avanzado tan poco desde este punto de partida es un tanto decepcionante.

3. EL GIRO METODOLÓGICO

El balance es, por lo tanto, mixto: hemos tenido ampliaciones, reducciones, algo de profundización y algo de parálisis. Lo que no hemos tenido es convergencia. Todas las “cuestiones persistentes” subsisten y, aunque hemos superado algunos errores, siguen habiendo desacuerdos fundamentales acerca de la naturaleza del derecho. Algunos de estos desacuerdos quizá se deban a la obstinación o a la ignorancia invencible; otros, a la falta de comprensión mutua. No obstante, una explicación de popularidad creciente, y que marca nuestra época, apunta hacia la metodología. A las cuestiones que hemos heredado, ahora añadimos la siguiente: ¿Cómo deberíamos hacer filosofía del derecho?

Nuestro lenguaje es lo suficientemente flexible como para permitir todo tipo de proposiciones gramaticalmente correctas sobre el derecho. Pero esta no es la solución; es el problema. Sin restricciones, no habría diferencia entre una teoría jurídica que es correcta y una que es meramente consistente. Pero ¿cuáles restricciones? *El concepto de derecho* no fue un libro consciente de su metodología. En ella se desarrolló, aunque no se defendió, la convicción de que toda teoría del derecho debería ser fiel a la manera en que los usuarios entienden el derecho. Tácticamente, Hart empleó métodos de la filosofía del lenguaje para ganar pequeñas batallas sobre términos como, por ejemplo, “obligación”; pero eludió un ataque estratégico a palabras como “derecho” o “legal” (tratar de descubrir la naturaleza del derecho a través del descubrimiento de criterios lingüísticos compartidos para la aplicación de “derecho” sería, decía Hart,

“inútil”).⁴⁹ En un comentario ocasional pero infortunado Hart también dijo que su libro podría considerarse como un tipo de “sociología descriptiva”.⁵⁰

El primer capítulo de *Natural Law and Natural Rights*, de John Finnis, marcó el principio del fin de aquel modo tan descuidado de hablar. Una descripción de algo no es una selección azarosa de hechos sobre ese algo; es una selección de los hechos que se juzgan significativos. Hart dio el primer paso al centrar su atención en las actitudes que muestra el usuario del derecho cuando adopta un punto de vista interno. Pero esto es impreciso, decía Finnis, ya que también hay un caso central del punto de vista interno: tal es la perspectiva de una persona que entiende el valor singular del derecho para la vida humana y para quien, en consecuencia, las exigencias jurídicas son obligaciones morales *prima facie*. El teórico no puede valerse de esta perspectiva sin compartirla, y no puede compartirla si no tiene una opinión sobre el valor moral del derecho. Stephen Perry retomó la idea de que el método de Hart era impreciso, aunque para él este método ni siquiera podía defender el punto de vista interno: una teoría del derecho de carácter descriptivo-explicativo constantemente es jalada hacia alguno de estos dos polos: o naufraga en el “relato” pasivo de todo el desorden y oscuridad de los datos empíricos, o se convierte en una explicación naturalista completamente externa que no concede ninguna importancia al entendimiento que de sí mismos tienen los usuarios del derecho.⁵¹ Hart evitó estos dos polos solamente porque su teoría nunca fue tan neutral al valor como pretendía; mejor habría sido que adoptara abiertamente el interpretativismo dworkiniano. Brian Leiter no vio ninguna imprecisión, pero argumentó que los méto-

⁴⁹ Hart, *The Concept of Law*, cit., nota 8, p. 7, pese a lo dicho en Dworkin, *Law's Empire*, cit., nota 17, p. 31.

⁵⁰ Hart, *The Concept of Law*, cit., nota 8, p. v.

⁵¹ Perry, S. R., “Hart’s Methodological Positivism”, en Coleman, J. (ed.), *Hart’s Postscript*, cit., nota 19, p. 328; véase también Perry, S. R., “Interpretation and Methodology in Legal Theory”, en Marmor, A. (ed.), *Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1995, pp. 97-135.

dos del análisis conceptual son poco confiables en términos epistemológicos, y que no ganarán más confiabilidad por asumir un compromiso con la moral. El método naturalista no es un peligro, sino la cura.⁵² Claramente su propuesta fue más allá de la débil restricción de que la filosofía del derecho general debía ser *consistente con* el conocimiento que poseemos de la naturaleza (por ejemplo, que no se debería hacer alusión a entidades sobrenaturales, ni atribuir a la gente capacidades que no tienen). Leiter sostuvo que las características fundamentales del derecho también deberían ser *explicadas* por una ciencia social predictiva. No está claro si con esto se esperaba guardar las apariencias, o si acaso importaba hacerlo. Parecía ser un gesto amistoso para las ciencias sociales del derecho existentes; aunque la mayoría de ellas no tenía ambiciones de elaborar una teoría del derecho, y pese a que dichas ciencias generalmente trabajaban dentro de una ontología tradicional de las instituciones y normas jurídicas. Además, cuando estas ciencias apelaban a normas extra-legales trataban de validar sus mediciones a través de lo que los sociólogos llaman “validez inicial” (*face validity*). Un índice de medición de una actitud judicial como el “liberalismo” —a menos que se trate solamente de una etiqueta arbitraria para calificar los resultados de alguna técnica de reducción de los datos empíricos— debería especificar a qué nos referimos con ese término. Tal índice debería aportar, se podría decir, un análisis conceptual de un carácter modesto.⁵³ Quizá podamos conceder eso. Desde luego, el naturalismo exigiría al teórico del derecho llevar a cabo los llamados juicios de valor “metateórico”, que consisten en la evaluación comparativa de la clari-

⁵² Leiter, B., “Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence”, *Texas Law Review*, vol. 76, 1997, p. 267; “Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered”, *Ethics*, vol. 111, 2001, p. 278; “Beyond the Hart-Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence”, *American Journal of Jurisprudence*, vol. 48, 2003, pp. 17-51.

⁵³ Véase Jackson, F., *From Metaphysics to Ethics: A Defence of Conceptual Analysis*, Oxford, Clarendon Press, 1998. Para la sugerencia de que Hart no se centró más que en esto, véase Rodríguez-Blanco, V., “A Defence of Hart’s Semantics as Nonambitious Conceptual Analysis”, *Legal Theory*, vol. 9, 2003, pp. 99-124.

dad, coherencia, simplicidad, concatenación, etcetera, de las teorías. Y lo mismo ocurriría para cualquier teoría. Pero ahora la cuestión era saber si habríamos de necesitar más evaluaciones aún. Leiter tenía la confianza de que podíamos detenernos en este punto; por el contrario, Finnis, Dworkin y Perry pensaron que era necesario llevar hasta sus últimas consecuencias una evaluación netamente moral de las normas e instituciones jurídicas. Julie Dickson, sin embargo, defendió una posición intermedia según la cual el teórico tendría que evaluar cuáles son los aspectos más importantes y destacados, para la teoría jurídica, del “entendimiento que de sí mismos tienen los usuarios del derecho”. En esa medida, el teórico habría de evaluar algo sobre la práctica del derecho en tanto que ésta se constituye por el entendimiento de las personas, lo cual no equivale a evaluar moralmente si ese entendimiento constituye buenas o malas prácticas; se trataría de una “evaluación indirecta”.⁵⁴

Algunos autores sugerían que los valores podrían incorporarse a la teoría jurídica de un modo distinto, cuando ofrecieron razones pragmáticas para apoyar o rechazar una concepción del derecho tal como era formulada por alguna de las metodologías precedentes. Algunas versiones del “positivismo normativo”, por ejemplo, trataron de argumentar que sería bueno asumir que el derecho está basado en fuentes sociales.⁵⁵ Esto ayudaría a aclarar el pensamiento moral o a vigilar las instituciones jurídicas. Hart y Bentham son señalados con frecuencia como los precursores de esta

⁵⁴ Dickson, J., *Evaluation and Legal Theory*, Oxford, Hart, 2001; Dickson, J., “Methodology in Jurisprudence: A Critical Survey”, *Legal Theory*, vol. 10, 2004, pp. 117-56. Yo defendí una posición similar en: “The Political Content of Legal Theory”, *Philosophy of Social Science*, vol. 17, 1987, pp. 1-20.

⁵⁵ MacCormick, N., “A Moralistic Case for A-Moralistic Law”, *Valparaiso Law Review*, vol. 20, núm. 1, 1985; Campbell, T., *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Brookfield, VT, Dartmouth, 1996; Perry, S., “Interpretation and Methodology in Legal Theory”; Waldron, J., “Normative (or Ethical) Positivism”, en Coleman, Jules (ed.), *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 2001; Murphy, L., “The Political Question about the Concept of Law”, en *idem*.

línea de pensamiento, aunque para Hart, en cualquier caso, las consideraciones pragmáticas nunca tuvieron un papel autónomo. O bien ambos apoyaron un argumento teórico independiente y —según creía Hart— suficiente; o simplemente refutaron ciertas propuestas erróneas sobre una reforma conceptual. La sugerencia de Radbruch, retomada en nuestros días por Robert Alexy,⁵⁶ de que las leyes o regímenes extremadamente injustos no deberían considerarse derecho, fue entendida como una propuesta reformista: deberíamos delimitar el concepto de derecho para evitar las malas tendencias del positivismo jurídico. A los filósofos les disgustan los argumentos que se basan en las supuestas “tendencias” de una teoría; pero el argumento a favor de una reforma conceptual es un argumento pragmático, que sólo puede ser enfrentado mediante una respuesta pragmática.

Con pocas excepciones,⁵⁷ los teóricos del derecho continúan esperando que la higiene metodológica conlleve (eventualmente) una convergencia teórica. Las pruebas que apoyan este deseo no son muy alentadoras: en toda disciplina que actualmente se ofrezca como modelo de pulcritud metodológica —ya sea un modesto análisis conceptual, una filosofía de interpretación moral, o una ciencia social empírica— seguimos viendo constantes desacuerdos. Es posible que la filosofía del derecho demuestre ser una excepción, aunque la inducción sugiere que no podemos contar con ello. ¿Acaso es esto una señal de fracaso? Si los teóricos del derecho llegaran a la opinión de que esto no necesariamente es así, no serían los primeros. Los teóricos de la política conocen bien la sugerencia de W. B. Gallie de que algunos conceptos políticos son *esencialmente impugnados*.⁵⁸ Dworкин, Waldron y otros apelaron a una idea similar para expli-

⁵⁶ Alexy, R., *The Argument from Injustice*, *cit.*, nota 22.

⁵⁷ Véase Shiner, R., *Norm and Nature*, Oxford, Clarendon Press, 1992, para una sugerencia de que el debate podría ser permanente. Para otra, véase Alexander, L. y Sherwin, E., *The Rule of Rules*, pp. 200-04.

⁵⁸ Gallie, W. B., “Essentially Contested Concepts”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 56, 1955-56, pp. 167-98.

car por qué los debates conceptuales en la filosofía del derecho son, en parte, debates evaluativos. La idea de que algunos debates conceptuales tienen una cualidad persuasiva es tan añeja como la observación de Weber de que palabras como “democracia” y “justicia” “no son herramientas para labrar el terreno del pensamiento contemplativo; son espadas para luchar con el enemigo: tales palabras son armas”.⁵⁹ Desde luego, Weber consideraba esto como una razón para tratar de construir una teoría social sobre un territorio más neutral. La opinión de Gallie era diferente. No compartimos condiciones necesarias, suficientes y desinteresadas para la democracia; pero sí compartimos otra cosa, a saber, lo que Gallie denominó como “ejemplares” o paradigmas de las democracias, o cuando menos una tradición argumentativa para aceptar la democracia. Estos paradigmas son complejos, no obstante, y no por ello deja de ser razonable que la gente subraye los diferentes aspectos que de entre ellos se consideran más importantes. Además, tales controversias son *esenciales* para el concepto: un brote de consenso alrededor de la idea de democracia como el gobierno de la mayoría, significaría no tanto que descubrimos la mejor teoría de la democracia, sino más bien que *perdimos* el concepto de democracia. Que el “derecho” sea un concepto de total apreciación es, desde luego, discutible. Pero casi no hay duda de que “el Estado de derecho” es un término de apreciación, el cual muestra signos de ser esencialmente impugnado. No es sorprendente, por lo tanto, que teóricos como Dworkin o Waldron, quienes intentan entender el derecho mediante el concepto de Estado de derecho (o de la “legalidad” como dice Dworkin), se inclinen por la idea de que todos confrontamos diferentes concepciones en pugna del derecho. Dworkin, sin embargo, tiene que rechazar la opinión de Gallie de que, después de un serio cuestionamiento, no hay casos que muestren cuál es la mejor teoría en su género. La explicación de Gallie fue

⁵⁹ Weber, Max, “Science as a Vocation”, en Gerth, H. H. y Mills, C.W. (eds), *From Max Weber*, Londres, Routledge, 1970, p. 145.

diagnóstica, no terapéutica. Gallie pensó que el pronóstico para la convergencia era pobre pero también que la controversia era benigna, cuando no positivamente saludable.

4. ¿POR QUÉ MOLESTARSE?

Cuando un tema es así de abstracto y controvertido, es natural sentirse impaciente por su estado y utilidad. En este punto, quizá los teóricos del derecho han sido más complacientes de lo que debían, y en el *colofón* de su cátedra sobre Hart, Ronald Dworkin trata de despertarnos de nuestro letargo dogmático. Quisiera concluir con algunas reflexiones en torno a sus observaciones. Dworkin señala que la filosofía del derecho debería ser interesante, no sólo para campos de conocimiento más generales como la teoría política o la filosofía del lenguaje, sino también para el tema parroquial del derecho.⁶⁰ La conexión en dirección ascendente es suficientemente sencilla. Hemos visto cómo la filosofía del derecho moderna produce y consume teorías filosóficamente sofisticadas sobre las razones, la normatividad, las obligaciones, la vaguedad, etcétera, y contribuye con aquellos problemas de filosofía política que tienen en su centro la naturaleza y valor del derecho. Hacer la conexión en dirección descendente es más difícil. Dworkin trata de justificar dicha conexión argumentando que la naturaleza del derecho importa porque “importa la manera en que los jueces deciden los casos”.⁶¹ No hay un tema arquimediano de “segundo orden”, ninguna filosofía *del* derecho que tenga como su objeto el *derecho*. Hay solamente derecho que es ya un tema filosófico, porque es interpretativo. El derecho tiene algunos aspectos más abstractos que otros; su aspecto más abstracto es la filosofía del derecho general. Llamaré a esto la tesis de la continuidad. La adjudicación es importante, y la tesis de la continuidad promete filtrar

⁶⁰ Dworkin, “Hart’s Postscript”, *cit.*, nota 20, p. 37.

⁶¹ *Law’s Empire*, *cit.*, nota 17, p. 11.

esa importancia, desde la adjudicación del derecho hasta la teoría jurídica. De manera interesante, Jules Coleman simpatiza con esta conclusión. Él también escribe que “la filosofía del derecho importa porque el derecho importa, y el derecho importa porque figura en nuestras vidas prácticas”.⁶² Sin embargo, Coleman rechaza la tesis de la continuidad, y se coloca al lado de los juristas aristotélicos o hobbesianos, quienes dicen que una cosa es saber qué es el *derecho* y otra saber qué es *la ley*. Por desgracia, esto aislará la filtración. Es realmente importante para nuestras vidas que sepamos decir la hora. Nuestros sistemas económico y social dependen de ello; enseñamos a los niños a decir la hora mucho antes de enseñarles cualquier aspecto del derecho. Es importante, sin duda, que uno sea capaz de decir la hora; pero de allí no se sigue que sea importante saber qué es el tiempo —por ejemplo si es real, si tuvo un comienzo y así sucesivamente—. No obstante, aun cuando la tesis de la continuidad fuera correcta, la supuesta filtración podría no ser más que una apariencia. En efecto, puede ser un prejuicio de los abogados pensar que la adjudicación importa tanto como ellos creen, y asimismo puede ser un prejuicio de los teóricos pensar que la teoría es de gran interés para la adjudicación.

Dworkin presenta el caso hipotético de la señora Sorenson, quien impulsa el desarrollo de una teoría de la responsabilidad mercantil en el proceso legal que promueve en contra de los fabricantes de un medicamento nocivo. Dworkin dice que las teorías generales del derecho están destinadas al desacuerdo en cuanto a si la señora Sorenson debería ganar (o no) por la fuerza de un derecho pre-existente y, en consecuencia, en cuanto a si debería ganar (o no) en definitiva. De tal modo, no hay un terreno neutral: o se está a favor de la señora Sorenson, o en su contra. Por lo tanto, los filósofos del derecho deberían “enfrentar las cargas correspondientes de la filosofía y abandonar el velo de la neutralidad”; hablar a favor de la señora Sorenson y de todas

⁶² Coleman, J., *Practice of Principle*, cit., nota 11, p. 70.

las personas cuyo destino depende de tesis novedosas sobre lo que el derecho ya es".⁶³ Es tentador objetar inmediatamente: es una petición de principio decir que ella tiene derecho a una indemnización, sólo si ella tiene derecho a ganar con base en un derecho pre-existente. Y si la neutralidad es imposible, ¿por qué hablar a favor de la señora Sorenson y no por las compañías acusadas?; y en todo caso ¿para qué querría la señora Sorenson un filósofo que hable a su favor? Vale la pena subrayar estas preguntas, pero aún hay una cuestión mayor. A menudo se dice que el interpretativismo es una teoría del derecho que se concentra en el juez; pero también se dice a veces que podríamos optar por una teoría para representar lo que parece derecho a los ciudadanos, u otra para representar lo que le parece a los jueces.⁶⁴ La historia de la señora Sorenson, sin embargo, sugiere de manera importante que el interpretativismo es, en realidad, una teoría que se centra en el defensor. Su espectador ideal es un abogado. Dworkin instruye a los juristas acerca del mejor modo de considerar la Ley de Derechos Humanos de Gran Bretaña: "No se diga a los jueces que ellos deberían ejercer su discreción del modo que crean es el mejor. Ellos quieren saber cómo entender la Ley como derecho".⁶⁵ Ahora bien, es verdad que decir a una persona que ejerza su discreción casi nunca es un consejo de utilidad (a menos claro que tal persona estuviera lista para hacer lo correcto, salvo por la idea errónea de que no tenía discreción para hacerlo). Pero hay una cuestión de fondo. ¿Quiénes somos para decir a los jueces *cualquier cosa*? Jeremy Waldron plantea una preocupación sobre esta forma de considerar las cosas: cuando la filosofía del derecho se presenta a sí misma como una especie de *amicus curiae* compuesta de sabios, subestima el *ethos* democrático y tiende a olvidar que los jueces no son las únicas autorida-

⁶³ Dworkin, R., "Hart's Postscript", *cit.*, nota 20, p. 37.

⁶⁴ Para una versión de la tesis dualista, véase Eekelaar, J., "Judges and Citizens: Two Conceptions of Law", *OJLS*, vol. 22, 2002, pp. 497-516.

⁶⁵ "Hart's Postscript", *cit.*, nota 20, p. 37.

des en un sistema jurídico, y que incluso una legislatura puede ser un foro de principios.⁶⁶ Yo tengo otra preocupación. La adjudicación es un momento especial en la vida del derecho; y a diferencia de otros momentos, éste reviste un carácter necesariamente distributivo.⁶⁷ Surge de una disputa legal, y se encamina al establecimiento de una solución final a esa disputa; esto se logra mediante la declaración de un ganador y un perdedor. La abogacía tiene un papel especial en este proceso: busca la *victoria*. No es una sorpresa, por lo tanto, que la retórica de la abogacía tenga las características que tiene: el abogado presenta su caso de la manera más conveniente, acentuando que no hay sino una sola respuesta correcta a la disputa, la cual de hecho favorece a su cliente. ¿Por qué pensar que esas características habrían de ser refutadas fuera del contexto específico del litigio, y por qué en la teoría jurídica?

La queja de Dworkin sobre el pequeño mundo de la filosofía del derecho tiene su origen en su propia óptica distorsionada sobre las disputas internas de los positivistas jurídicos. ¿Quién sino un miembro del gremio encontraría estas cosas interesantes? Cualquier disciplina está expuesta a la estrechez y a la introversión; he sugerido tan sólo algunos puntos en los cuales esto ha sucedido durante los últimos 25 años de la filosofía del derecho general. Pero a decir verdad, probablemente los abogados pasarían de largo al enfrentarse a las discusiones del realismo moral o de la semántica Kripke-Putnam, las cuales también son un lugar común en la literatura. Siempre ha habido libros de filosofía del derecho que no discuten mucho de derecho. ¿Acaso estos libros serán interesantes para los abogados? Quizá

⁶⁶ Waldron, J., *Law and Disagreement*, *cit.*, nota 44.

⁶⁷ Véase Gardner, J., "The Virtue of Justice and the Character of Law", *Current Legal Problems*, vol. 53, núm. 1, 2000.

no; pero deberíamos recordar que el editor de la *Quarterly Review* recomendó a Charles Darwin abandonar el manuscrito de *El origen de las especies* para que, en vez de ello, escribiera sobre las palomas, ya que “a todo mundo le interesan las palomas”.⁶⁸ Y quizá deberíamos agradecer que Darwin haya ignorado ese consejo.

⁶⁸ Darwin C., *Correspondence*, F. Burkhardt (ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 1991, vol. 7, mayo 3 de 1849, carta de Whitwell Elwin a John Murray.