

LA FILOSOFÍA DEL DERECHO: RAÍCES Y TEMAS RECIENTES*

El derecho es un medio para introducir y mantener el imperio (el gobierno) de la razón en una comunidad de muchas familias y vecindarios, en lugar del predominio de la violencia privada o el fraude, o de la fuerza de los grupos dominantes que dirigen los asuntos de la comunidad para beneficio de algunos y no de todos sus miembros. Esta es, al menos, la concepción del derecho que ha obtenido aceptación creciente en la filosofía británica y estadounidense contemporánea. Durante la centuria que va desde 1850 hasta 1950 aproximadamente, la opinión prevaleciente entendió al derecho como una manifestación de poder, dominación y mandato, por el cual personas soberanas u organizaciones de personas soberanas expresaban su voluntad acerca de cómo debían comportarse los miembros de las comunidades políticas, y reforzaban tales imperativos mediante la amenaza y la ejecución de sanciones. La opinión ahora predominante no ignora de ninguna manera la necesidad de sanciones impuestas coercitivamente para la recalcitrancia, pero enfatiza la oportunidad y la responsabilidad que tienen quienes establecen las reglas de gobernar en favor del beneficio común, y no del privado o partidario, y de hacerlo así por medios que tiendan a asegurar que todas las decisiones relevantes sean tomadas con arreglo a la verdad acerca de los hechos y con transparencia y justicia (*fairness*) en los procedimientos legislativo, ejecutivo y judicial.

* “Legal Philosophy: Roots and Recent Themes”, en Finnis, John, *Collected Essays*, vol. IV: *Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 157/173. John Finnis es *Emmeritus Professor* en la Universidad de Oxford y *Biolchini Professor of Family Law* en la Universidad de Notre Dame. Versión española de Eduardo R. Sodero.

La visión más moderna recupera de ese modo la tradición establecida en las reflexiones clásicas acerca del derecho que se encuentran en las obras de Platón, Aristóteles, Cicerón y, en el siglo XIII, de Tomás de Aquino. Dentro de la filosofía jurídica contemporánea, la oposición a este entendimiento del derecho como medio de asegurar el orden social justo proviene no tanto de los defensores de una resucitada teoría de la “voluntad” que destaca las órdenes y la fuerza, cuanto de quienes proponen visiones escépticas de que en verdad haya alguna “razón” a descubrir y aplicar, o alguna consecuencia justa determinable a ser alcanzada por el razonamiento judicial o la deliberación legislativa. El presente ensayo es escrito por un filósofo y abogado que considera que tales objeciones escépticas son generalmente infundadas, y que el reciente “retorno” de la filosofía del derecho occidental a sus raíces clásicas —reconceptualizadas y críticamente asumidas— está bien justificado.

La opinión predominante desde c. 1850 hasta c. 1950 por lo común es llamada “positivismo” o “positivismo jurídico”. La visión clásica, revitalizada en las décadas recientes, es comúnmente denominada “teoría del derecho natural” (*natural law theory*). Se trata de rótulos confusos, porque cada una es precisamente una teoría del derecho *positivo*, es decir, del derecho hecho por, o adoptado —impuesto— para una específica comunidad por personas identificables que pretenden tener la autoridad de hacer o aplicar reglas cuya validez se deriva inmediatamente (si no finalmente) del hecho de que esas personas las han hecho autoritativamente o, al menos, las han determinado. Además, la “naturaleza” a la que se hace referencia en el título “derecho natural” no es la naturaleza estudiada por las “ciencias naturales”. Antes bien, ella es entendida por los defensores de la teoría del derecho natural como el bienestar humano —florecimiento humano, naturaleza humana en buena forma— en todos sus aspectos básicos y en todas las personas y comunidades humanas, *en cuanto* implícita o explícitamente favorecido y respetado por un conjunto de principios que orientan las elecciones humanas hacia acciones correc-

tas y alejadas de lo injusto, incluyendo las acciones de quienes hacen (imponen) las leyes (como legisladores o como jueces) o las hacen cumplir por la fuerza (ejecutiva o judicialmente).

Así, se está efectivamente de acuerdo en que el derecho —el derecho positivo— debe ser distinguido de las leyes de la naturaleza (que discuten la física, la química, la biología, la cosmología, etcétera), de las leyes del pensamiento (discutidas por los lógicos) y de la ley moral (que discuten los teóricos de la ética y los moralistas). Por cierto que, a lo largo de su historia, la filosofía jurídica ha procurado diferenciar el derecho positivo (en adelante simplemente “derecho” o “el derecho”) de todos esos otros estándares. Pero tal diferenciación puede tener más de un propósito teórico. Ella puede dirigirse a clarificar la terminología y los límites conceptuales. O igualmente puede intentar indagar si las analogías u otras relaciones entre el derecho (positivo) y tales estándares o normas de otros órdenes o dominios ontológicos y epistemológicos son analogías y relaciones que ayudan a explicar lo que es más difícil de entender respecto del derecho. Y lo que la teoría del derecho occidental ha considerado característicamente como lo más difícil de entender del derecho son quizá estas tres características: (a) que el derecho puede “exigir” (*necessitate*) (hacer obligatorias, en realidad, moralmente obligatorias) acciones que, hasta su sanción, no eran exigibles de ese modo; (b) que las reglas jurídicas y otras “instituciones” de alguna manera “existen” en virtud de, pero también mucho después de, su imposición por la legislación u otra “sanción jurídica”, o por precedente judicial o por costumbre; (c) que muchas de las reglas del derecho tienen una forma normativa y una función social distintas de sus reglas que imponen obligaciones, y (d) que el derecho apela a la coerción penal y correctiva para prohibir la fuerza (como así también la deshonestidad y la negligencia) en las relaciones interpersonales.

El vínculo entre la teoría o filosofía jurídica contemporánea y la clásica puede ser rastreado hasta el mundo griego en los siglos VI y V a. C.; los fragmentos sobrevivientes de los presocráticos

insinúan un fuerte debate que hoy en día, sin embargo, no ha podido ser reconstruido con certeza. La conversación accesible de la filosofía jurídica occidental en realidad comienza con dos breves diálogos que reflejan los debates en los círculos socráticos: una ingeniosa conversación puesta por Jenofonte en los labios de los políticos atenienses Alcibiades y Pericles (*Memorabilia*, I, 2), y un diálogo “socrático” inciertamente atribuido a Platón (el *Minos*). Cada uno retrata las dificultades que aguardan a los filósofos que definen al derecho como cualesquiera que sea lo que sancionen los gobernantes (*rulers*), y se olvidan de, o rechazan, referirse a problemas de derechos (morales), tales como los de si los súbditos de la ley la han aceptado de alguna manera (Jenofonte) o si lo que ella dispone es bueno, verdadero y conforme con “lo que existe en la realidad” (*Minos*, 313b - 317d). Ambos diálogos sugieren que si bien toda persona entiende el sentido en el cual la (in)justicia de una ley es irrelevante para su realidad empírica de estar asegurada por la sanción, existe —no obstante ello— buena razón (*good reason*) para decir que, en una comprensión más adecuada del derecho, las leyes injustas son “más un asunto de fuerza que de derecho” y son “derecho no sin calificación” (*Minos*, 314e).

Así, surgen en los inicios del siglo IV a. C. dos posiciones, cada una de las cuales todavía es defendida en la filosofía anglo-parlante contemporánea. El positivismo jurídico moderno afirma que, para ser descrito con realismo y claridad, el derecho debe ser considerado sin referencia a ninguno de los predicados morales que el mismo atrae en el discurso (por ejemplo, en la evaluación moral y política), ajeno a la filosofía jurídica. La teoría del derecho natural afirma que tal descripción olvida lo esencial del derecho (*the point of law*); los sistemas jurídicos obtienen su sentido y su forma (que una buena descripción del derecho ha de identificar) de su esencia, y una evaluación racional de leyes o sistemas jurídicos (o comunidades políticas) particulares utilizará tal esencia (quizá compleja) como criterio para medir su conformidad con, o su desviación de, la verdadera idea de derecho (*the*

very idea of law). Platón expresó esta segunda posición: “las leyes que no han sido sancionadas para el interés común de la comunidad toda, no son verdaderamente leyes” (*Las Leyes*, 715b, también 712e-713a; *El político*, 293d-3). Cicerón resumió así la visión que era, y hasta el siglo XIX siguió siendo, la principal corriente filosófica: “a la definición exacta del término «derecho» resulta inherente la idea y el principio de elegir lo que es justo y verdadero” (*De Legibus*, II, 11).

Acerca de esta cuestión de la definición, Platón advertía que el discurso ordinario acerca del “derecho” es una cosa y la definición explicativa del mismo es otra, y que ambas coexisten:

Sócrates: “Cuando quienes sancionan las leyes yerran el bien, entonces también ignoran el derecho y lo legal. ¿O tú qué opinas?”

Hippias: “Hablando con propiedad, Sócrates, ciertamente que eso es así; pero las personas habitualmente no lo dicen de ese modo” (*Hippias Mayor*, 284d).

Aristóteles elaboró la versión apropiada de definición en teoría social, inclusive jurídica (véase, por ejemplo, *Política*, III 1275a-b). En esta versión, la pura descripción o reportaje (“esto y aquello pretenden ser, y por lo común son, llamados amistades, comunidades políticas, constituciones... leyes”) puede coexistir con definiciones explicativas en el marco de una teoría que trata la justificación (y, donde es apropiado, la deslegitimación crítica) como el modo primario de explicación. De este modo, el tipo humanamente bueno de, digamos, amistad, comunidad, constitución... o derecho es el paradigma, el caso central escogido por la definición explicativa y por un término correspondiente (“amistad”..., “derecho”) en su sentido focal; especies de este tipo bueno son, en este sentido, la amistad, el derecho, etcétera, verdaderos, propiamente o sin calificación (en griego, *haplós*; en latín, *simpliciter*). Pero los ejemplos de tipos humanamente deficientes quedan comprendidos en la exposición filosófica de la disciplina, más precisamente como análogos al caso central. La filosofía de los asuntos humanos, tal como es relevante para el derecho, se

refleja en leyes y sistemas jurídicos decentes, con debida atención sobre lo que hace malas a las leyes y cómo importan las malas leyes (NLNR, caps. X y XII).

Hasta Jeremy Bentham (preanunciado en el siglo XIV por Guillermo de Ockham y Marsilio de Padua, y en el siglo XVII por Francis Bacon, Thomas Hobbes y Baruch de Spinoza) existe poca o ninguna filosofía específicamente jurídica que pueda ser llamada positivista. Por cierto que desde Platón hasta Bentham, la filosofía jurídica fue sustancialmente una filosofía del derecho positivo, una materia considerada como distinta de los demás temas de la filosofía moral y política, pero inteligible adecuadamente sólo sobre la base de los principios morales y de los fines políticos identificados, explicados y defendidos en la filosofía moral y política. La auto-interpretación de la filosofía jurídica precisamente como una filosofía del derecho positivo puede ser rastreada hasta la *Summa Theologiae* de Tomás de Aquino (c. 1270). Su análisis del concepto y de los tipos del derecho todavía es leída por muchos filósofos del derecho angloparlantes contemporáneos, y para algunos ha sido altamente influyente.

La expresión “derecho positivo” apareció en Francia hacia 1135, y pronto devino popular entre los juristas teóricamente formados. Pero la nueva terminología no modificó inmediatamente las antiguas ideas sobre el tema concreto de la reflexión filosófica sobre el/los derecho/s. Aristóteles (*NE*, 5, 1134b) había dividido lo justo político/la justicia política en natural y legal; la segunda también la describió como convencional y humana. Los juristas del siglo XII tardío y del siglo XIII dividieron el *ius* (derecho/justo) en natural (la ley moral) y positivo, subdividiendo éste en las categorías del derecho romano del *ius gentium* (las leyes comunes a todos los pueblos) y del derecho civil (propio de una comunidad determinada). Finalmente, Tomás de Aquino (*ST*, I-II, q. 95 a. 2) trató la distinción entre derecho natural y civil como una distinción en el seno del derecho positivo (es decir, dentro del derecho humanamente establecido). Algunas partes del derecho positivo son *conclusiones* de los principios y normas de

la ley moral natural; para ellas reservó el nombre *ius gentium*. Las otras partes son puramente positivas, a pesar de estar vinculadas con principios morales a través de una relación inteligible e indecible que llamó *determinatio* (concreción).

De ese modo, la ley humana positiva en sus dos partes es finalmente diferenciada como un objeto necesario de la reflexión filosófica. El “teórico del derecho natural” Tomás de Aquino será seguido por el “positivista” de mediados del siglo XIX John Austin en la afirmación de que es por analogía con este analogado primario que entendemos como derecho (a) la ley eterna de la providencia creadora de Dios (comprensiva de todas las leyes que investigan las ciencias naturales), (b) la ley natural, o principios racionales de la buena y correcta deliberación y acción humana, y (c) la “ley divina”, es decir, las normas del derecho positivo especialmente promulgadas por revelación divina (por ejemplo, como mandamientos), que incluyen, como la ley humana positiva (eclesiástica o secular), elementos tanto de la ley natural (moral) como de la ley puramente positiva.

Tomás de Aquino describe la ley humana positiva como hecha por la voluntad (es decir, por la decisión de adoptar un esquema en desmedro de otro u otros). Pero cuando habla precisamente, aduce que la ley es un asunto de razón antes que de voluntad; la obligación tiene que ver con los medios requeridos para servir y respetar los fines y principios de la razón práctica; *el imperium*, por el cual uno, al ejecutar las elecciones propias, se dirige a sí mismo (o, análogamente, como gobernante dirige la propia comunidad) corresponde a la razón antes que a la voluntad. Todo esto pronto encontró oposición, y por los próximos 500 años la filosofía del derecho estuvo dominada por los esfuerzos en explicar la fuente y obligatoriedad del derecho por referencia a la voluntad, ya sea de los superiores o de las partes que acuerdan un contrato social.

El *A Fragment of Government* de Bentham (1776) inauguró la moderna filosofía del derecho angloparlante al proponer una distinción radical entre los “espacios” (*provinces*) de los expositores,

quienes poniendo su atención en los hechos explican lo que es el derecho, y de los “censores”, que por medio de atender a las razones consideran lo que el derecho debe ser. La jurisprudencia expositiva de Bentham incluía un tratado, *Of Laws in General*, inédito hasta 1945, pero muy similar a la exposición menos ingeniosa de su pupilo Austin en *The Province of Jurisprudence Determined* (1832): todas las leyes propia y estrictamente así llamadas son órdenes (*commands*), expresiones de deseo (acompañadas por la amenaza de sanción) del soberano de una comunidad política independiente; aunque sean influyentes en los tribunales, las reglas que no hayan sido creadas o adoptadas por orden soberana no son propiamente leyes; tener una obligación jurídica significa ser el destinatario de una orden y estar expuesto a la sanción que la acompaña; todos los derechos jurídicos, incluyendo los poderes, han de ser explicados en términos de órdenes y de permisiones, o negaciones de obligación, más o menos complejas.

La filosofía del derecho angloparlante permaneció principalmente bajo la influencia de Bentham y Austin por más de cien años (si bien la jurisprudencia histórico-comparativa oscila ampliamente). Incluso cuando los “realistas jurídicos” (*legal realists*) americanos y otros rechazaron, en el segundo cuarto del siglo XX, que la sustancia del derecho sean las reglas o cualquier otro estándar establecido (*posited*) por órdenes o por cualesquiera otros actos del pasado, ellos retuvieron y reforzaron la concepción del derecho como un instrumento, en sí mismo moralmente neutro, de “control social” para los propósitos de quienes están en el poder (más exactamente, los tribunales y demás oficiales).

Hans Kelsen (1881-1973), cuyas ideas devinieron influyentes en Gran Bretaña y en América a partir de la década del treinta, y que vivió en los Estados Unidos desde 1940, intentó la unión de temas kantianos con neo-hobbesianos y neo-humeanos. Esta tentativa derivó en una concepción del derecho y del sistema jurídico radicalmente centrada en la orden (*command-centre-account of law and legal system*). La filosofía jurídica (teoría pura de la ciencia jurídica) debía estar libre de todo valor y de toda referencia al

hecho tal que pudiera sugerir que la normatividad del derecho deriva de, o es reducible a, su eficacia u otra realidad empírica (Kelsen, *General Theory of Law and State* y *The Pure Theory of Law*). Kelsen buscaba, en efecto, una “tercera teoría”, compartiendo con la teoría del derecho natural el intento de reproducir y explicar de manera no-reduccionista la normatividad del derecho, y con el positivismo jurídico, el rechazo a toda norma o valor no puesto y hecho efectivo por contingentes actos y hechos humanos. El fracaso de la búsqueda se pone de manifiesto en los muchos cambios de Kelsen entre visiones contradictorias acerca de la fuente y la coherencia de las normas jurídicas, el contenido de normatividad y el significado de las proposiciones de la ciencia jurídica, y en su final confianza abierta sobre “actos de voluntad ficticios” (Kelsen, *The Pure Theory of Law*, 2a. ed., y su póstuma *General Theory of Norms*).

Que las explicaciones del derecho y la obligación jurídica deban apuntar a ordenar o aceptar actos de voluntad fue rechazado en la más influyente obra de filosofía jurídica escrita en idioma inglés, *The Concept of Law* de H. L. A. Hart. Allí, y en su posterior *Essays on Bentham*, las reglas jurídicas son descritas y explicadas como “razones para acciones, independientes del contenido y perentorias”; sus fuentes pueden ser órdenes, pero igualmente puede ser cualquier hecho que tenga significación normativa atribuida por “una regla (o conjunto de reglas) de reconocimiento” aceptada por jueces y oficiales (por cualquier razón que no sea el temor a la sanción inmediata). No todas las leyes imponen obligaciones; antes bien, muchas confieren poder (autoridad), y una exposición (como la de Austin o la de Kelsen) que reduzca tales reglas que confieren poder, o reglas facultativas, a ser condiciones o prótasis de obligaciones oculta la variedad de formas y funciones *normativas* del derecho al pasar por alto la variedad de sus *funciones sociales*. Una filosofía jurídica descriptiva puede y debería (afirma Hart) estar libre de presuposiciones morales; tratando de criticar a Tomás de Aquino, él sostenía que el derecho no está “necesaria o conceptualmente” conectado con la morali-

dad. Pero la filosofía jurídica debería aducir, entender y “reproducir” el punto de vista o la “actitud interna” de aquellos participantes de un sistema jurídico para quienes el derecho es una razón genuina para la acción y algo con valor (no necesariamente moral). De ese modo, la filosofía jurídica no puede sostener con corrección que el derecho puede tener cualquier contenido.

La multifacética resistencia de Hart a las exposiciones reduccionistas de las realidades jurídicas, y su estrategia de entender al derecho como un tipo de razón creada, conservada y reconocida por específicas razones (*distinctive reasons*), han impulsado muchas líneas de investigación acerca del carácter (*point*) y la estructura funcional no sólo del derecho y del sistema jurídico como un tipo general de realidad social, sino también del razonamiento jurídico o la deliberación judicial (por ejemplo, MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*; Schauer, *Playing by the Rules*), del Estado de derecho como un ideal distintivo del orden político-jurídico (por ejemplo, Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*) y del determinante aspecto moral y justificación(es) de instituciones jurídicas particulares, tales como el contrato, el daño, el delito, la propiedad y el castigo (por ejemplo, Weinrib, *The Idea of Private Law*). La atención en el método neo-aristotélico de Hart de explicación por medio de casos centrales y secundarios ha sugerido que, a pesar de su insistencia en la oposición entre el positivismo jurídico que él defendía y cualquier teoría del derecho natural, tal oposición es innecesaria a menos que el positivismo sea tomado (como lo hace Kelsen, aunque no Hart) para rechazar que la valoración y el juicio moral tengan justificación filosófica o verdad alguna.

Muchas teorías positivistas antes de Hart habían sido modeladas según las ciencias naturales (incluyendo la matemática y la psicológica). *The Concept of Law* abrió a la filosofía jurídica de habla inglesa a problemas de método en la teoría social descriptiva antes discutidos por Max Weber (en *Economy and Society*), y mostró, según intentó hacerlo Hart con mayor o menor claridad, que resulta infructuoso procurar una ciencia social general libre

de valores. Desde entonces, el interés se ha desplazado a colocar a la teoría del derecho en una relación clara con la ética y con una teoría de la política fundada éticamente (por ejemplo, *The Morality of Freedom* de Hart) o a modelar la misma según la interpretación de expresiones culturales tales como la literatura (por ejemplo, *Law's Empire* de Dworkin).

Por ejemplo, la crítica de Dworkin al “positivismo” a primera vista parece dirigida a establecer que Hart había descrito erróneamente los tipos de estándares utilizados en la deliberación judicial (Dworkin, “The Model of Rules”, en *Taking Rights Seriously*, 1977). Pero en realidad, las tesis de Dworkin no fueron que los principios difieren de las reglas, sino que ellos son autoritativos no por estar validados por sanción o costumbre (*usage*), sino por ser moralmente verdaderos (e irreduciblemente distintos de las políticas utilitarias o basadas en otros fines colectivos), y tal teoría del derecho, como prólogo de la adjudicación, es una empresa práctica de “interpretación creativa” que participa en el desarrollo de un sistema jurídico “liberal” que, sin violar la integridad al repudiar demasiados de sus “materiales” (Constitución, leyes y precedentes), ha de tratar a los ciudadanos con igualdad de consideración y respeto. El debate sobre estas tesis plantea interrogantes acerca de si la teoría moral más bien inarticulada de Dworkin es correcta (*sound*), si la analogía con la interpretación literaria creativa no es una nueva forma de explicación reductiva, y si la pretensión de que el derecho, incluso en los casos difíciles, siempre puede ser identificado razonando moralmente a partir de los materiales jurídicos no es, del mismo modo, una reduccionista visión de la dependencia del derecho respecto de una *elección* (acto de voluntad) autoritativa racionalmente infradeterminada entre dos o más alternativas *razonables* aun jurídicamente abiertas.

La obra corriente en la filosofía o teoría del derecho angloparlante contemporánea se resiste a la clasificación como positivismo estricto o como teoría del derecho natural. Una obra que se describe a sí misma como positivista (por ejemplo, *The Authority*

of Law de Raz, *Inclusive Legal Positivism* de Waluchow) o iusnaturalista (por ejemplo, *Natural Law and Natural Rights*), de hecho se ocupa ampliamente de temas destacados por la escuela “opuesta”. Está ampliamente aceptado que la tarea de la filosofía jurídica se diferencia —aunque deba referirse a ellas— de la ética, de la filosofía política y de una teoría social general que se construye a partir de antropología social e historia comparativa.

La ética indaga acerca de los estándares para el juicio correcto en la deliberación acerca de la elección y la acción, mientras que la filosofía del derecho investiga los modos en los cuales tales estándares se vinculan con las directivas establecidas, por costumbre o por decisión autoritativa, para guiar las acciones de las personas en la comunidad política, y de ese modo, supuestamente, proteger intereses o derechos básicos, distribuir cargas y ventajas equitativamente, y devolverles la posición anterior a las personas tratadas injustamente. De ese modo, la filosofía jurídica va más allá, pero no puede eludir los principales problemas de la ética —problemas tales como el de si las proposiciones morales pueden ser conocidas como verdaderas; si las verdades morales incluyen intrínsecos bienes y razones para la acción más ricos que la kantiana conformidad-con-la-abstracción-universalizante-de-la-razón; si el juicio correcto es la maximización de valores como resultado de una elección, y en qué medida la elección es libre y la intención moralmente decisiva—.

Además, la filosofía política investiga acerca de los fundamentos sobre cuya base las personas pueden pretender (y pretenden) tener autoridad para modelar las acciones de una comunidad por la vía de dirigir la conducta individual, mientras que la filosofía jurídica investiga sobre las razones para, y los modos de, establecer tal autoridad y su ejercicio haciéndolos depender de criterios formales (fuente, ámbito de competencia, procedimiento, promulgación y publicidad, integridad adjudicativa, etcétera). De este modo, la filosofía jurídica contribuye a, pero queda involucrada en, los principales problemas de la filosofía política —problemas tales como si la autoridad está justificada por

el acuerdo; si o por el propósito de beneficio; si los intereses son derechos y los derechos aseguran la igualdad, libertad u otros beneficios, y si la acción política es correctamente comprendida a partir del modelo de toma de decisiones en economía o en juegos de competencia—.

Además, la teoría social generaliza desde el conocimiento de sociedades particulares y eventos de su historia, mientras que la filosofía jurídica investiga cómo tales sociedades pueden ser sujetos implícitos o portadores de “sistemas jurídicos”, y trata a algunos de tales eventos como fuentes de elementos del sistema jurídico. De ese modo, ella se enfrenta con un problema básico de la teoría social general: cómo identificar un tema que pueda seguir existiendo mientras los regímenes y Constituciones cambian y desaparecen; y cómo elegir y justificar conceptos y términos descriptivos y analíticos, dada la variedad de auto-interpretaciones sociales y vocabularios rivales revelados por la etnografía y por estudios históricos comparativos y transculturales.

En línea con la distinción de Bentham entre jurisprudencia expositiva y censoria, la filosofía jurídica frecuentemente es dividida en analítica y crítica. La jurisprudencia analítica se propone considerar la definición del derecho, la teoría del sistema jurídico, el análisis de conceptos jurídicos, tales como deber, transacción e intención, y la teoría del razonamiento jurídico, especialmente en la adjudicación. La filosofía del derecho crítica se propone evaluar el derecho y la obligación jurídica, el contenido sustantivo mínimo de los sistemas jurídicos, aquellas virtudes procedimentales interconectadas en la creación y aplicación del derecho que son llamadas Estado de derecho, etcétera. Pero contra tal división, algunos han alegado (por ejemplo, NLNR) que, dado que crear y conservar los sistemas jurídicos le incumbe a las razones, y como toda razón para la acción presupone y/o propone evaluación(es), cualquier exposición general de los sistemas jurídicos (o del concepto del derecho y del sistema jurídico) debe identificar tales evaluaciones modeladoras.

Hart y Raz responderían que el análisis descriptivo del carácter del derecho como instrumento puede llevarse adelante sin tener que evaluar los diversos propósitos y usos para los cuales se emplea el instrumento. Pero esta respuesta parece insuficiente, pues el sentido característico del derecho como obligatorio y autoritativo, como su sentido de establecer procedimientos apropiados y exigir juicios justos y fallos basados en la verdad, en sí mismo propone una evaluación y crítica de condiciones sociales alternativas (anarquía, dominación arbitraria). No puede haber una comprensión o análisis adecuadamente cercano de lo que caracteriza a sistemas jurídicos *diversos* —una exposición que demuestre por qué el derecho merece un lugar en cualquier descripción *general* de la vida humana social— sin una comprensión de los modos en los que las propias notas características del derecho (incluso cuando han sido manipuladas injustamente) expresan una evaluación crítica de, y una respuesta constructiva afirmativa de valores frente a, los tipos de injusticia o de otra lesión de bienes humanos que son inherentes a la ilegalidad de cualquier especie (análogamente, uno podría entender y describir un argumento sin aceptarlo o aprobarlo, pero no puede entender y describir bien al *argumento* en general a menos que acepte algunos argumentos como buenos y adopte como normativos para la propia descripción/explicación general los criterios por los cuales puede reconocerse su corrección).

Más y más firmemente, la filosofía jurídica norteamericana y británica reconocen que el derecho es de alguna manera una institución o producto del razonamiento humano, y dirigido al razonamiento humano. En la medida que los filósofos del derecho se esfuerzan por evitar el “reductivismo” (*reductivism*) —la restricción de estrategias de investigación y reflexión a modelos inapropiados—, ellos reconocen más o menos explícitamente que las leyes y los sistemas jurídicos, al igual que los hombres que son sus creadores y destinatarios, de alguna manera pertenecen a los cuatro “órdenes” con los cuales (como sostenía Tomás de Aquino) tiene que ver la razón humana —a grandes rasgos, natura-

leza, lógica, moralidad y cultura (Finnis, *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*)—. Utilizando los símbolos convencionales del lenguaje ordinario, y complementándolos con nuevas convenciones y técnicas, las reglas jurídicas articulan concepciones del orden natural (que la razón no crea, sino que sólo considera), de lógica consistencia e implicación, y, sobre todo, de la corrección e incorrección en la deliberación y acción oficial y extraoficial. Esta articulación por medio de reglas jurídicas es altamente reflexiva: el eslogan kelseniano de que “el derecho regula su propia creación” capta algo de esta reflexividad. Mas aún, incluso las reflexiones filosóficas sobre el derecho (y la naturaleza, la lógica, la moralidad y las técnicas no jurídicas) pueden encontrarse con mucha frecuencia entre los conceptos y términos empleados al crear, interpretar y hacer uso de las reglas, instituciones y procesos jurídicos. Los filósofos del derecho siempre están tentados —aunque hoy en día se esfuerzan más y más por resistir la tentación— a resolver la complejidad resultante a través de la relativa simplicidad de sólo un paradigma u otro.

La “filosofía del lenguaje ordinario” practicada en Oxford en los años cincuenta (con raíces en Wittgenstein) alentó la oposición a los métodos reductivistas. Entre los frutos más importantes de tal estilo de hacer filosofía —apenas una “escuela” de doctrina filosófica— se encuentra *Causation in the Law*, de Hart y Honoré. Algunas interpretaciones de la causa, en particular las interpretaciones alemanas a partir de Kant, han sostenido que la misma es por movimientos físicos, no pudiendo ser alteradas por los fines del actor u otros estados psíquicos (que sólo son relevantes para imputar culpabilidad o responsabilidad jurídica). Tales interpretaciones de la causalidad humana están modeladas sobre interpretaciones científico-naturales de la causalidad como regularidades, o probabilidades, o alguna propiedad inherente de objetos o sucesos. Algunas otras teorías jurídicas de la causa, en particular estadounidenses, han reducido la “causa fáctica” (*cause in fact*) a la mínima *conditio sine qua non* (si no fuera por C, E no habría ocurrido), y aducido que “causa jurídica” es mera-

mente una construcción de *políticas* sociales (esto es, políticas morales y/o culturales) acerca de quién tiene la culpa y/o tiene que responder. Contra tales reducciones se yergue la interpretación de Hart y Honoré: la determinación judicial de que el acto o la omisión de alguien ha causado algún hecho y/o pérdida está justificada por consideraciones sustancialmente independientes de conclusiones morales u otras políticas sobre la responsabilidad, y son similares a concepciones científicas, históricas y de sentido común al distinguir lo causalmente relevante como una subclase dentro de la categoría de las condiciones *sine qua non*. En esta interpretación, el concepto causal central, el de desviación de las condiciones normales, se expande a sí mismo para incluir condiciones culturalmente establecidas, como las expectativas contractuales o los deberes jurídicos; las atribuciones de responsabilidad causal anidan en, pero no son reducibles a, las concepciones de responsabilidad de roles y responsabilidad-deber de reparar, distribuciones de carga de la prueba, criterios y métodos de prueba, y otras consideraciones no causales. La complejidad de una tal interpretación no reductivista refleja la irreducible complejidad de la vida de seres que viven en el mundo natural como sujetos agentes, artífices y creadores que razonan y eligen, y para quienes la “normalidad” se mide por diversas medidas que se toman de cada uno de los cuatro órdenes antes mencionados.

Considérese, ahora, la personalidad jurídica. Algunos han dicho que por cuanto los únicos sujetos genuinos de las relaciones jurídicas son miembros de las especies naturales, los seres humanos, entonces cuando los abogados hablan de otros sujetos de derecho (corporaciones, simples asociaciones, buques, ídolos, etcétera) están hablando de meras ficciones. Otros (por ejemplo, Kelsen) han dicho que el estatus de *persona jurídica* es simplemente una creación del derecho, que libremente lo confiere o lo deniega, y que la lógica de las reglas jurídicas no deja lugar para atribuirles a los seres humanos una prioridad jurídicamente cognoscible. Pero una exposición no reductivista puede (a) negar que las asociaciones humanas son meras ficciones, (b) reconocer la

conveniencia de atribuir a las asociaciones e incluso a entes no-humanos el estatus de sujetos de reglas y procesos jurídicos, (c) aceptar que en un análisis meramente lógico de las reglas y relaciones jurídicas, el sujeto humano no tiene prioridad, pero (d) sostener que dado que el verdadero objetivo de guiar la deliberación a través del derecho es proteger y promover el bien de los seres humanos, y dado que esa clase de sujetos está naturalmente constituida antes de cualquier decisión humana, las leyes se desordenan radicalmente como leyes cuando niegan a cualquier ser humano (esclavos, embriones...) la “igual protección de la ley” (como mínimo, igualdad en la inmunidad y estatus jurídico fundamental).

Como lo precedente trata de poner en evidencia el muy debatido problema de definir al derecho, no puede ser resuelto por ninguna técnica puramente “analítica” que aspire a ser neutral y conceptualmente anterior a la toma de posiciones sustanciales acerca de cuestiones debatidas como, por ejemplo, el orden natural y el orden moral. Por supuesto que las definiciones estipulativas y/o las clarificaciones lexicográficas ayudan a la investigación y deberían evitar que se pasen por alto cuestiones discutidas. Pero las definiciones explicativas resumen los resultados de la reflexión filosófica; ellas no son conjuntos o exposiciones de datos lingüísticos o de regulaciones de la reflexión filosófica. En la filosofía jurídica es particularmente fácil ver el valor de la ya mencionada técnica clásica, presentada por Aristóteles, practicada por sus seguidores medievales y recuperada —por no decir completa y consistentemente utilizada— por Hart: se toma como el tema de una definición explicativa el *caso central* del *explanandum* (y correspondientemente el *significado focal* del término que significa tal realidad), y se trata como secundarias y relativamente periféricas, pero de ninguna manera como sin importancia o irrelevantes, las muchas realidades que representan el caso central en una forma diluida, inmadura o defectuosa (y correspondientemente los usos secundarios del término).

Sobre esta base, uno puede (y debería) decir que un sistema jurídico que niega personalidad jurídica y/o fracasa en proteger

los derechos fundamentales de algunos de sus súbditos humanos no es meramente injusto o inmoral, sino también un ejemplo empobrecido de sistema jurídico. Mas nótese que tal tesis depende de la premisa adicional, ampliamente discutida, de que lo que es considerado como el caso central o el buen ejemplo en un tema de la filosofía social (por ejemplo, jurídica) se establece por referencia a las preocupaciones evaluativas no de los “malos ciudadanos” —que sólo se preocupan por evitar sanciones (como aducían los realistas jurídicos estadounidenses), ni de jueces u otros oficiales moralmente despreocupados en cuanto tales (como proponía Hart)—, sino más bien de personas que entienden, aceptan y promueven el derecho como una respuesta moralmente motivada y justificada a los males e injusticias de las relaciones humanas no regladas legalmente.

Tales cuestiones de definición y metodología explicativa son cuestiones dentro del orden de la lógica, esto es, del orden racional que introducimos en nuestro propio pensamiento. Algunos de los problemas peculiares de la filosofía jurídica se presentan primariamente dentro de este orden. ¿Cómo difiere el carácter proposicional de las reglas jurídicas del de los principios jurídicos u otros estándares jurídicos (véase Dworkin, *Taking Rights Seriously*)? ¿Cuáles son los tipos de oposiciones lógicas entre reglas, y en qué medida es posible una contradicción entre reglas en un sistema jurídico (compárese la *Teoría pura del derecho* de Kelsen con su *Teoría general de las normas*)? ¿Son todas las reglas de, o al menos reducibles a, un tipo lógico como el de la imposición de una obligación bajo pena de sanción o la autorización hipotética de sanciones (véase *The Concept of Law* de Hart; *The Concept of Legal System* de Raz)? Si es así, ¿están correlacionados con las funciones o fines sociales de los diferentes tipos de reglas (véase *The Authority of the Law* de Raz)? ¿Cuáles son los tipos irreduciblemente distintos de derechos (quizá, reclamo, libertad, poder, inmunidad)? ¿Son los derechos meras construcciones lógicas de, o sombras de, un concepto de deber lógico o explicativamente anterior? ¿Es una libertad (permisión) la mera ausencia de un deber en contra-

rio, o ella implica una prohibición de alguno de (o de todos) los tipos de interferencia por parte de A en el ejercicio de la libertad de B y, si es así, ¿implicaría esto siempre o alguna vez que B tiene un derecho-libertad para hacer lo que no debería?

Tales cuestiones tienen un núcleo irreduciblemente lógico. Pero el progreso en resolverlas exige atención cercana al especial significado y uso de términos, tales como “regla”, “obligación”, “derecho” y “libertad” dentro de la específica construcción cultural y técnica llamada “derecho”. Esta construcción, por su parte, sirve característicamente a ciertos propósitos humanos, y lo hace guiando la deliberación. Una exposición verdaderamente general de él no puede ser limitada a registrar los propósitos, fines y técnicas de una persona, o limitada a reproducir de un modo “desconectado” su discurso “comprometido”. Ella debe, antes bien, comprometerse hasta cierto punto en la reflexión sobre el orden moral (que a través de la razón traemos a nuestras deliberaciones en miras a la elección y acción), preguntándose cuándo la acción está relacionada inteligentemente con propósitos humanos básicos y razones para la acción. En síntesis, todas las cuestiones enumeradas en el párrafo precedente exigen la toma de alguna posición sobre el *sentido* del derecho (*point of law*). ¿Es lo más esclarecedor considerar al derecho como un instrumento de control social, sean cuales sean los propósitos de los controladores? ¿O tal interpretación torna ininteligible mucho del vocabulario y la lógica del derecho? ¿El derecho está para servir ante todo a la libertad, o es la libertad que él sirve (si lo hace) sólo uno entre muchos beneficios fundamentales? Tales cuestiones pueden parecer lejanas desde un análisis estrictamente lógico, pero las respuestas a ellas han demostrado ser necesarias (a pesar de insuficientes) para el análisis de la estructura de los sistemas jurídicos como proposiciones, o contenidos de sentido cuasi-proposicional, interrelacionados .

Los esfuerzos para reducir los problemas de la filosofía jurídica al orden lógico han derivado en notables fracasos: por ejemplo, el intento de Hobbes de explicar la obligación contrac-

tual por la vía de equiparar ruptura con absurdo lógico (véase NLNR), o la pretensión kantiana de que, dado que la falta de B contradice el uso legítimo de la libertad de A, el uso de la coerción por parte de A (o C) “para impedir” la falta de B debe, “en virtud del principio de no contradicción”, ser compatible con la libertad legítima. Como tales fracasos lo sugieren con fuerza, la normatividad del razonamiento práctico y de las normas jurídicas no es reducible a la normatividad de la lógica, sino que descansa sobre la necesidad de medios para, o de respeto hacia, fines básicos (bienes humanos básicos, razones básicas para la acción).

Algunos han tratado los problemas y conceptos morales vinculados con el derecho declarándolos ajenos a la filosofía jurídica, o redefiniéndolos como técnico-culturales y no morales. ¿Afecta la injusticia de una ley su autoridad, validez u obligatoriedad? ¿Es la equidad una cuestión simplemente de interpretación o ella corrige (en miras a la justicia) las intenciones de los creadores de la ley? Las leyes (y contratos) que crean obligaciones, ¿representan nada más que una obligación de pagar la penalidad (o indemnizar los daños) en caso de incumplimiento? Se ha dicho que problemas como éstos serían meramente asuntos de conciencia, moralidad o ética individual. Pero en el propio (consciente) ejercicio de su función judicial como tales, los jueces no pueden evitar tales cuestiones. Y existen otras cuestiones incluso más esencialmente vinculadas con el rol de adjudicación. ¿Es correcto para un juez cambiar el derecho al costo de derribar las legítimas expectativas de un litigante perdidoso? ¿O dejar de lado las políticas deliberadamente adoptadas por una mayoría democrática? ¿Pueden los jueces descansar sobre sus propios conocimientos sin el respaldo, o incluso en contra, de la evidencia válidamente aportada en el caso? Además, existen las responsabilidades sintetizadas en el ideal del Estado de derecho (*Rule of Law, Rechtsstaat* en alemán): para asegurar que el derecho sea claro, coherente, estable, público, practicable, irretroactivo, general y, sobre todo, respetado en la acción oficial (incluso judicial). ¿Es este conjunto de propósitos y características del ordenamiento jurídico moral-

mente neutral (como el filo de un cuchillo para cortar), tal como pretende Raz en *The Authority of Law*? ¿O el conjunto, considerado como un todo, debe tener el propósito moral de asegurar una relación de justa reciprocidad entre gobernantes (*rulers*) y gobernados (*ruled*), por el reconocimiento de la dignidad y los derechos de los gobernados (véase Fuller, *The Morality of Law*)?

Concluir que tales cuestiones son propiamente partes de la filosofía jurídica no significa tomar partido en el perenne debate sobre si definir al derecho como cualesquiera estándares cognoscibles a partir de fuentes fáctico-sociales (legislación, costumbre, precedente judicial) (Raz, *Authority of Law*), o más bien como cualesquiera estándares que un juez debería considerar al dictar sentencia (Dworkin, *Taking Rights Seriously*).

Nos queda que las leyes están manifiestamente en el orden técnico-cultural (orden que a través del razonamiento nosotros traemos al asunto sometido a nuestro poder); ellas son objetos creados por decisión humana como un instrumento de coordinación social. Este aspecto de la positividad del derecho parece estar puesta en cuestión, con razón suficiente, tanto por las teorías (realismo jurídico) que reducen el derecho a una predicción de la acción judicial como por las teorías (por ejemplo, “derecho como integridad” en *Law’s Empire* de Dworkin) que localizan el derecho no en reglas y estándares existentes (considerados como meros “materiales jurídicos”), sino sólo en el momento de decisión por un juez que, en una “interpretación creativa”, somete los “materiales jurídicos” a lo que en última instancia es una evaluación moral individual.

Los muchos y variados artefactos del derecho comprenden, en primer lugar, las reglas del derecho mismas. Incluso aquellas reglas que confieren expresión jurídica a una norma moral son verdaderamente leyes positivas y por lo común de una forma artificial: la ley no prohíbe formalmente el asesinato, sino que antes bien define el asesinato como un crimen, añade penalidades, descalificaciones y otras consecuencias jurídicas a los crímenes, y establece que los “crímenes” no pueden ser cometidos. Con

todo, *la mayoría* de las reglas jurídicas no son meras reformulaciones de normas morales, sino productos de una decisión social innegablemente creativa. Su autenticidad no es inmediatamente una cuestión de verdad moral, sino más bien de consideraciones de forma, fuente y procedimiento comprendidas en el concepto característicamente jurídico de validez.

La mayoría de los demás artefactos jurídicos pueden ser clasificados bajo otro término característicamente jurídico: instituciones. Las instituciones jurídicas no sólo incluyen organismos públicos, tales como tribunales y legislaturas, sino también tipos de construcciones jurídicas que involucran grupos de reglas (contrato, venta, propiedad, sociedades, crimen, delito...) y ejemplos específicos de tales tipos, instituidos deliberadamente para el logro de su consecuencia jurídica (así, una Constitución, contrato o sociedad en particular, pero no un delito o crimen en particular). Y tales artefactos deben ser distinguidos de cualesquiera documentos empleados para crearlos o registrarlos. Es obvio que la descripción y explicación de tales artefactos sería compleja incluso si el orden técnico-cultural pudiese ser cerrado a los órdenes de la naturaleza, la lógica y la moralidad. Pero no puede serlo, y algunos de los debates más intensos en la filosofía jurídica contemporánea tienen que ver con la moral y con otros fundamentos (por ejemplo, causa) de las instituciones jurídicas del crimen, daño (delito), contrato y propiedad (por ejemplo, Fried, *Contract and Promise*).

Otros artefactos jurídicos incluyen definiciones. Mientras que el propósito de la definición en filosofía jurídica es sintetizar una comprensión y explicación de los casos centrales (y no centrales) y de los sentidos focales (y secundarios), el propósito de la definición en derecho es más bien asignar objetos y tópicos de la vida humana social a clases *untívocas* para los propósitos de una regla dada (por ejemplo, gravar “barcos”). Otro artefacto jurídico es el conjunto de reglas de inferencia que establecen presunciones para el juicio jurídico sobre los hechos. Las definiciones y las reglas de inferencia se encuentran en la práctica jurídica-

mente peculiar de considerar que X es un ejemplo de Y, con independencia de que él sea considerado o no una Y en la lógica ordinaria o en, digamos, el discurso científico, histórico o moral.

Muchas cuestiones discutidas en la filosofía jurídica contemporánea se presentan en el debate sobre la interpretación de Constituciones, leyes, sentencias y otros instrumentos (documentos) y construcciones jurídicas. Los intérpretes jurídicos, ¿deberían encontrar y seguir los compromisos originalmente asumidos en las elecciones e intenciones moralmente significativas de sus creadores? ¿O ellos deberían dar al lenguaje utilizado —un conjunto de objetos convencionales empleados para crear un objeto cultural nuevo e independiente (la Constitución, la ley de..., etcétera)— un significado y efecto nuevos de acuerdo con nuevas comprensiones convencionales del lenguaje? ¿No están el acto de legislación y el acto de interpretación judicial (si bien inmediata y directamente ejercicios de una técnica cultural) limitados en su plasticidad o maleabilidad no sólo por otras convenciones, sino también por el carácter naturalmente dado (*givenness*) de los actos humanos, por los requerimientos de coherencia lógica, y por la significación moral de todo acto humano?

Durante los años ochenta y noventa, algunos teóricos, especialmente en los Estados Unidos, sostuvieron que todas las reglas jurídicas —no sólo aquellas contenidas en textos autoritativos, tales como una Constitución o una ley, sino también aquellas transmitidas por las formas cuasi-consuetudinarias de adjudicación del *Common Law*— son esencialmente indeterminadas, y con ello son meramente mantos para el ejercicio de poder discrecional y elitista. Esta tesis del movimiento de *Critical Legal Studies* (Unger, *The Critical Legal Studies Movement*) ha sido extendida a tesis “postmodernas” y “deconstructivistas” que por vías análogas proponen negar la inteligibilidad estable de los textos y estándares jurídicos. Pero las tesis de la última clase claramente se refutan a sí mismas (*self-refuting*), puesto que su propia afirmación y defensa exige que las declaraciones hechas por sus proponentes tengan una inteligibilidad estable y determinada. Y las tesis crí-

ticas “originales” sobre la indeterminación dependían para gran parte de su plausibilidad de una equivocación acerca de “indeterminación”, esto es, un error en distinguir “indeterminado” de “sub-determinado” o “no *completamente* determinado”. Es característico de las reglas jurídicas que ellas resuelven algunas (quizá realmente muchas) cuestiones para el propósito práctico de una vida coordinada, pacífica y justa en la comunidad política, dejando algunas otras cuestiones sin alguna respuesta clara. Después de todo, las cuestiones que así se dejan sin resolver no necesitan presentarse en la práctica, o si ellas lo hacen alguna vez pueden ser resueltas, incluso resueltas justamente, sin tener que recurrir a estándares o procedimientos jurídicos.

La dependencia de la moralidad (como así también de la naturaleza, la lógica y la técnica) que tienen el derecho y el razonamiento judicial, acoplado con el escepticismo moral o ético ampliamente profesado en la cultura angloparlante contemporánea, inclina a ciertos teóricos a una forma de “pragmatismo” que trata las cuestiones principales de la filosofía jurídica como cuestiones más allá de la capacidad de respuesta *de la razón*, y se contenta a sí misma con un eclecticismo más o menos injustificado y sin principios (véase, por ejemplo, Posner, *The Problems of Jurisprudence*). Tal escepticismo ha sido, parece, una fuente de la popularidad del positivismo jurídico en la primera mitad del siglo XX. En la medida que esto es así, queda para los así llamados “teóricos del derecho natural” afirmar, explicar y defender la racionalidad de la empresa jurídica en su conjunto. Al así hacerlo, esos teóricos no necesitan, y por lo común hoy no lo hacen, repetir el tipo de afirmación característica de los “racionalistas” de los siglos XVII y XVIII que de manera optimista y de alguna manera acriticamente exageraron el marco de las cuestiones que tienen una respuesta correcta racionalmente determinada con independencia de las elecciones jurígenas de las particulares comunidades y de sus representantes. Una cosa es reconocer tal exageración cuando ocurre, y otra bien distinta es negar que existen derechos humanos definidos e incluso sin excepciones,

articulados en reglas, estándares e instituciones jurídicas que son la columna vertebral de todo sistema jurídico llamada apropiadamente, sin calificativos, “el derecho de esta comunidad”.

Cada tesis en la filosofía del derecho, como en cualquier otra rama de la filosofía, debe satisfacer la precondition de que la proposición que afirma sea totalmente consistente con la elección razonable del filósofo de investigarla, afirmarla y defenderla argumentativamente, y con las condiciones naturales, racionales, culturales, morales, familiares y políticas que hacen posible y facilitan, antes que obstruyen, tal investigación, afirmación racional y defensa intelectual honesta.