

1. LOS OBJETIVOS Y LA METODOLOGÍA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

El derecho de cualquier sociedad está típicamente entre sus instituciones sociales más complejas y reveladoras. Como sucede con cualquier institución social compleja, la filosofía puede traer varios beneficios y contribuciones al estudio y comprensión del derecho. Esto se dice con facilidad, pero ¿cómo se demuestra? Lo que intento hacer aquí (con algunas ilustraciones basadas en mis propias opiniones ya publicadas), es explicar las muchas formas en las que el estudio filosófico del derecho se motiva, así como dónde podrían estar sus futuras tareas.

Una pregunta inicial desde la cual empezar podría ser esta: ¿por qué el derecho, o la práctica jurídica, es filosóficamente interesante, en primer lugar? No obstante, para comenzar a responder esta pregunta, primero necesitamos responder, aunque sea de una forma tentativa, una pregunta previa: ¿qué es la filosofía, o el estudio filosófico? Como no es posible ofrecer nada que se acerque a una respuesta comprensiva o exhaustiva, lo que propongo hacer es resaltar algunas características selectas de la filosofía, especialmente aquellas que son exhibidas en la filosofía del derecho. Lo primero que podemos decir es que los filósofos se preocupan por la estructura general del argumento, la evidencia, las presunciones y justificaciones en todas las áreas del conocimiento. Los filósofos preguntan: ¿qué hace a un buen argumento? ¿Cuándo tengo razones para creer que algo es falso o verdadero? ¿Qué tipo de razones cuentan? ¿Cuál es la relación entre mis razones y las creencias que mantengo?

Más allá de estas amplias afirmaciones y preguntas, sin embargo, podemos observar que los filósofos no están preocupados con debates acerca de cualquier cosa. Los filósofos, al menos cuando están haciendo filosofía, no se ocupan de debates acerca de si es mejor arrendar un apartamento o comprar una casa, o acerca de los mejores ingredientes para preparar esa tortilla perfecta. Hay debates sobre estas cosas, con seguridad, pero ellos no son filosóficos.

* York University (Canadá). gjudice@yorku.ca

Los filósofos, por lo tanto, se ocupan de una materia especial. Esta materia especial es el conjunto de conceptos que usamos para entendernos a nosotros mismos, nuestras interacciones con los demás y nuestro lugar en el mundo o el universo. Como tal, los filósofos están característicamente ocupados en lo que es conocido como el análisis de conceptos: análisis y debates acerca de los conceptos que compartimos y, algunas veces, sugerencias de nuevos conceptos.

Análisis de conceptos

¿Qué es exactamente el análisis de conceptos?, ¿cuál es su propósito? Isaiah Berlin, un influyente historiador de las ideas, expresa muy bien la idea de la materia especial de la filosofía. Él escribe “La tarea de la filosofía, en ocasiones una difícil y dolorosa, es sacar y traer a la luz las... categorías y modelos [y conceptos] en los términos en los cuales los seres humanos piensan...”¹

Pero ¿por qué hacemos esto? Según Berlin, el objetivo es “... revelar lo que es oscuro y contradictorio en [nuestras categorías, modelos y conceptos], para discernir los conflictos entre ellos que impiden la construcción de más adecuadas formas de organizar, describir y explicar la experiencia”.²

Los filósofos reconocen que no tenemos una experiencia directa, no mediada, o pura del mundo y nuestro entorno.³ Cuando miramos al mundo y a las cosas en él, no miramos las cosas puramente (lo que sea que eso signifique), sino que las miramos —para inventar una expresión— a través de nuestras gafas conceptuales. La idea es simple: cuando observamos a través de gafas de sol, miramos las cosas un poco más oscuras; cuando observamos a través de lentes azules, miramos las cosas azules; cuando observamos a través de los anteojos del amor, bueno, las cosas siempre parecen un poco mejor de lo que pueden realmente ser. Los lentes conceptuales funcionan de

¹ Berlin, I., *Concepts and Categories: Philosophical Essays*, Londres, Pimlico, 1999, p. 10.

² *Idem*.

³ Kant, I., *Critique of Pure Reason*, Londres, Everyman, 1993; Lewis, C. I., *Mind and the World Order: Outline of a Theory of Knowledge*, Nueva York, Dover, 1956.

una forma parecida: al experimentar y pensar acerca de eventos naturales o físicos, usamos conceptos tales como causa, efecto, espacio y tiempo, y construimos varias teorías o enunciados de trabajo para explicar y usar estos conceptos. De igual forma, al experimentar y pensar acerca de los fenómenos sociales y las instituciones, empleamos conceptos tales como gobierno, derecho, derechos, amistad y amor, y de nuevo, intentamos explicar el entendimiento y los compromisos atados a tales conceptos. Los problemas filosóficos surgen cuando tenemos dificultades al explicar el contenido o naturaleza de nuestros conceptos, o la relación con otros conceptos, y no estamos seguros sobre cómo proceder ¿Qué significa gobernar y ser gobernado? ¿Hay un único propósito detrás del derecho? ¿Cómo existen los derechos [subjetivos] (dado que ciertamente ellos no parecen existir de la misma forma que este brazo o este zapato)? ¿Para qué son los amigos? ¿Qué significa estar enamorado?

Análisis de conceptos y nociones jurídicas

Regresemos a nuestra pregunta principal: ¿qué atraería a los filósofos al derecho? El derecho, y nociones jurídicas tales como derechos, autoridad, obligaciones, Constitución y reglas, forman una importante y larga parte de los conceptos, categorías y modelos que usamos para entendernos tanto a nosotros mismos como a nuestras relaciones con los demás y con las instituciones. Usamos el derecho y los conceptos jurídicos como “derecho” para entender nuestras interacciones sociales y como guías de acción. Cuando las relaciones personales, sociales y de negocios se desintegran, por ejemplo, entendemos a un derecho jurídico como un medio para un curso de acción, algo que podemos usar contra alguien; por ejemplo, para perseguir una compensación. A menudo nuestros derechos jurídicos resultan ser una protección muy valiosa en contra de los daños.

De hecho, el derecho provee numerosos ejemplos de categorías, conceptos y modelos con los cuales podemos entender nuestras experiencias y las de los demás ¿Era el demandado “negligente” en el sentido reconocido por el derecho de la responsabilidad civil? ¿Eran las acciones de Jones “violatorias” de su “contrato” con Smith? ¿Re-

úne Sally las condiciones de “responsabilidad” necesarias para ser declarada “culpable”?

Como Berlin supone, el interés filosófico aparece con intensidad cuando tenemos un entendimiento insuficiente o distorsionado de los conceptos y modelos que usamos. En el derecho, nuestro entendimiento de muchos conceptos es particularmente frágil. Dado que no existe como un objeto físico tal como un martillo o un avión, ¿qué es exactamente un derecho jurídico? ¿En qué consisten las obligaciones conforme al derecho y por qué, si es que existen, deberían ser aceptadas? ¿Es una regla simplemente aquello que cada uno escoge hacer, de forma similar, por ejemplo, a la regla que me impongo a mí mismo de correr tres millas cada mañana antes del desayuno? Incluso una mirada rápida al derecho demuestra que el derecho está lleno de una compleja colección de conceptos que atraen la atención de los filósofos, porque son, precisamente, poco entendidos.

Prácticas de razonamiento y argumentación

Una superposición significativa entre el derecho y la filosofía proviene del hecho, ya mencionado, de que los filósofos se apasionan por aquello que hace bueno a un argumento, así ellos comparten el interés de los abogados en hacer buenos argumentos frente a las cortes ¿Respaldan los argumentos y la evidencia típicamente usada en el derecho las conclusiones a las que a menudo se llega? Incluso, además de las cortes y los juicios, los filósofos también comparten el interés moral de los legisladores en diseñar buenas leyes. Por tanto, los filósofos están interesados en el contenido de los sistemas jurídicos; esto es, las prácticas de argumentación y razonamiento dentro de estos sistemas. El derecho es un objeto de tipo argumentativo: demandas y proposiciones son expuestas y evaluadas, luego, basándose en argumentos, ellas son aceptadas, rechazadas o, quizá, modificadas.

Valores fundamentales

Un tercer interés o superposición que comparten los funcionarios jurídicos y los filósofos se deriva de las dos anteriores. Además

de examinar los conceptos que se encuentran en el derecho y las prácticas de la argumentación jurídica, los filósofos observan que el derecho, y muchos sistemas jurídicos, a menudo intentan expresar o articular qué es de valor fundamental para las personas —lo que es o lo que debería ser más importante para los seres humanos. Por ejemplo, muchas Constituciones alrededor del mundo— documentos tales como la Carta de Derechos estadounidense, la Carta de Derechos y Libertades de Canadá, o la Declaración Universal de los Derechos Humanos—intentan exponer los derechos, libertades y principios que merecen la más alta y más básica protección. Derechos y libertades tales como el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la vida, la libertad y la seguridad de las personas, la libertad de pensamiento y expresión, y la libertad de cultos, todos pretenden identificar y proteger aquello que se cree es fundamentalmente importante y bueno para los seres humanos. El paralelo con la filosofía no es difícil de detectar. Intentar encontrar y articular lo que es más valioso para los seres humanos es también una empresa filosófica de larga tradición que data desde los antiguos griegos —Sócrates, Platón y Aristóteles, por ejemplo—, quienes estaban preocupados por articular aquello que es más importante y valioso para vivir una buena vida. Procurar una buena vida y corregir la vida y la organización social es, por tanto, otro interés común y punto de intersección entre la filosofía y el derecho.

Significancia moral del derecho

Una cuarta razón por la que el derecho es de particular interés para los filósofos es la especial relación que tiene con la moral. Aunque la naturaleza particular de la relación entre el derecho y la moral —y sus muchas dimensiones— es un tema fundamental en la filosofía del derecho y es objeto de una controversia continua, hay pocas dudas sobre la importancia moral del derecho y de las decisiones jurídicas. Filósofos del derecho como Ronald Dworkin advierten que no es del todo difícil ver qué es aquello del derecho que atrae la atención de los teóricos preocupados por la relación entre ciudadanos y el Estado. Como primero escribió Dworkin en 1967,

Día tras día, enviamos a personas a la cárcel, o les quitamos su dinero, o les obligamos a hacer cosas que no quieren hacer, bajo la coerción de la fuerza. Justificamos todo esto hablando de tales personas como si hubieran quebrantado la ley, o hubieran incumplido sus obligaciones jurídicas, o hubieran interferido con los derechos jurídicos de otras personas. Podemos tener confianza en que estamos haciendo lo correcto, pero mientras no podamos identificar los principios que estamos siguiendo, no podemos estar seguros de que ellos son suficientes, o de que los estamos aplicando de forma consistente.⁴

Así que la práctica del derecho tiene mucho que explicar, porque requiere de mucha justificación. Suministrar justificación para las instituciones y las acciones o, de hecho, identificar cuando la justificación está críticamente ausente es también una tarea que los filósofos del derecho asumen.

Ciudadanía crítica

Hasta ahora, las cuatro explicaciones dadas sobre el interés filosófico en el derecho se han centrado todas, de alguna forma u otra, en el interés moral o teórico que justifica por qué los filósofos están debidamente preocupados por el derecho. Sin embargo, aunque al principio dije que mi interés era sólo proveer una guía aproximada y selectiva de la filosofía del derecho, dejar las cosas aquí sería ofrecer un retrato muy incompleto de los propósitos de la filosofía del derecho, porque la explicación proporcionada tiene como último propósito desarrollar lo que podemos llamar ciudadanía crítica. La ciudadanía crítica es el compromiso que todos los sujetos de derecho deben tener de adquirir una conciencia y entendimiento propio de sus instituciones sociales, con el fin particular de hacerlas tan transparentes, inteligibles, y moral y políticamente justificadas como sea posible. Esta característica final de la filosofía del derecho es también la que ayuda a explicar cómo empezó mi propio interés en la filosofía del derecho.

⁴ Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977, p. 15 [publicado originalmente en 1967].

2. ALGUNOS PROFESORES REALMENTE BUENOS

Mi primer encuentro con la filosofía del derecho fue en 1996, durante mi primer año en la universidad. Estaba registrado en un programa general de humanidades en la University of Brunswick (UNB), y sucedió por azar que el consejero de mi programa era uno de los cuatro profesores de filosofía en la universidad. Él me preguntó cuáles eran los planes de mi carrera y, no queriendo decirle que yo deseaba ser un jugador profesional de fútbol, le dije que deseaba practicar el derecho algún día. Él no pareció terriblemente entusiasmado con la idea, pero me recomendó tomar un curso introductorio de filosofía del derecho, lo que hice. Debo admitir que las preguntas me parecieron desconcertantes, y que las teorías que examinamos no parecían tener mucha relevancia con lo que me interesaba o, según mi opinión de la época, con lo que pensaba sería una preparación útil para la escuela de derecho.

Mi interés en la filosofía del derecho sólo se afianzó a partir del verano de 2000. Estaba trabajando en la UNB como un investigador asistente de otro filósofo del derecho, Keith Culver, en un proyecto de análisis legislativo que él dirigía para Health Canada, el departamento federal de salud de Canadá. El objetivo era evaluar las leyes públicas sobre salud mental en cada provincia de Canadá, para determinar cómo trataban a las personas con VIH que eran incapaces o no estaban dispuestas a prevenir el contagio. Comparamos las leyes, regulaciones y políticas de cada provincia; identificamos valores fundamentales internacionales y nacionales, principios y derechos de las personas con VIH, y evaluamos cómo cada provincia se hacía cargo de la diversidad de circunstancias de las personas con VIH.

Dos cosas acerca de esta experiencia me llamaron más la atención. Entonces, estaba yo en mi cuarto y último año de mis estudios de pregrado en filosofía y había completado varios cursos en filosofía moral y jurídica (incluyendo un curso en responsabilidad y pena), así como cursos en la metafísica del libre albedrío y del determinismo. Aun durante aquella etapa de mi carrera, estaba impresionado por lo útil y valioso de la filosofía que había aprendido para el entendimiento y evaluación de la legislación y la política existente.

La segunda cosa que me impactó fue lo inadecuadas que eran nuestras leyes para tratar a las personas con VIH cuyas condiciones de responsabilidad variaban mucho de acuerdo con sus circunstancias. La evidencia relacionada con las vidas sociales de las personas con VIH mostraba qué tan complicadas y diversas eran sus vidas; aun así el derecho las trataba esencialmente bajo una de dos categorías (la falta de precaución era o “criminal o no lo era”, recuerdo decir a un oficial de salud de Canadá). En nuestro informe final, “Personas no dispuestas o incapaces de prevenir la transmisión del VIH. Un análisis legislativo y una revisión bibliográfica”, propusimos una regla de prevención de la transmisión con varias partes y varios pasos; además, suministramos una guía específica sobre cómo armonizar las leyes, regulaciones y políticas existentes con la regla que sugerimos. En aquella época, ninguna provincia cambió alguna de sus leyes; pero varios años después, cuando algunos de los gobiernos de las provincias habían cambiado, el informe resurgió y muchas provincias ahora han cambiado sus leyes, adoptando la regla de prevención de la transmisión.

Cuando reflexiono sobre la experiencia, creo que no habría sido igual si Keith no hubiera sido tan generoso y amable en darme la oportunidad de asistirlo en su análisis legislativo. Mi trabajo no se limitaba a verificar la exactitud de las notas de pie de página, o a la búsqueda de errores tipográficos (aunque hice mucho de eso.) También era responsable de redactar la sección de los valores y principios internacionales del informe. Al discutir con Keith sobre múltiples ensayos que había escrito, adquirí capacitación de primera mano sobre la escritura profesional y el pensamiento crítico sobre temas sociales importantes, lo que me ha servido mucho desde entonces. Aún más importante, mi reconocimiento y respeto por los beneficios que el análisis filosófico puede ofrecer, se lo debo en gran parte a Keith. Él fue mi profesor entonces; ahora es mi amigo y colaborador, y de lejos la persona más influyente en mi desarrollo profesional. No tengo dudas de que fue por él que llegué a valorar, tanto como lo hago, la importancia de la filosofía.

Es casi imposible aprender la filosofía del derecho correctamente sin la ayuda de grandes profesores. Yo he tenido la fortuna de tener algunos además de Keith. Mi director de tesis doctoral en McMaster

University, Wil Waluchow, tenía la notable habilidad de enseñarme a apreciar la historia e ideas centrales de mi disciplina sin hacerme sentir como si estuviera siendo enseñado. De Wil, aprendí cómo ser un filósofo profesional. Él me enseñó cómo tomar seriamente las ideas de los demás, pero también cómo comunicar las mías de la forma más persuasiva posible. De hecho, sinceramente estaba alerta con Wil mientras trabajaba en una crítica sustancial de su posición acerca del positivismo incluyente, una teoría que sostiene que los principios morales pueden en ocasiones servir como condiciones de validez de las leyes en algunos sistemas jurídicos. Esto generó algunas excitantes, aunque en ocasiones desesperantes, reuniones en su oficina. No obstante, Wil siempre estuvo dispuesto a escuchar las críticas y demostró el verdadero valor de la discusión crítica en cada ocasión.

Mientras completaba mi doctorado en McMaster, tuve la oportunidad durante mi programa, de pasar un año en la Oxford University. En Oxford, me dirigió Julie Dickson, quien fue absolutamente cortés y generosa con su tiempo al leer y discutir mi trabajo. Puedo recordar nuestros numerosos encuentros en Somerville College, en los que discutimos temas sobre la metodología de la teoría jurídica (su importante libro *Evaluación en la teoría del derecho* había sido recientemente publicado). Fue en su oficina, cuando ella estaba retomando y repitiéndome mis argumentos, que el hilo conductor de mi disertación se desarrolló. Había estado trabajando en un artículo sobre la relación entre el derecho y la razón práctica, pero estaba teniendo problemas explicando lo que pensaba estaba equivocado de algunas posiciones tradicionales sobre esta relación presentada por teóricos como H. L. A. Hart, Joseph Raz y Jules Coleman. Julie me señaló, de una forma característicamente modesta, que Hart, Raz y Coleman pensaron que la relación entre el derecho y la razón práctica era una necesaria, y que la labor de los filósofos era simplemente explicar la naturaleza de esa necesidad, el tipo de razón práctica envuelto, etcétera. No obstante, yo pensaba que la relación no era necesaria, sino contingente, que la tarea era mostrar cómo esta observación explicaba mejor la diversidad de las experiencias de vida bajo el derecho de los partícipes. Entonces, me di cuenta de que identificar el rol de las características contingentes y las relacio-

nes del derecho era más ampliamente significativo que reconcebir algunos de los objetivos de la filosofía del derecho analítica. Menos de un año después, terminé mi disertación, “The Significance of Contingent Relations and the Philosophy of Law”.

Aprender cómo hacer filosofía y aprender cómo enseñar filosofía son dos cosas muy distintas. Aunque Leslie Green nunca fue mi profesor oficialmente, la oportunidad de co-enseñar con él un par de seminarios de posgrado en la York University, en 2005, fue de un valor incalculable. Les es un profesor sorprendente en las aulas de clase; tiene una maravillosa habilidad para articular los problemas de fondo de los debates más importantes en filosofía, mientras invita a los estudiantes a sumergirse en teorías del más alto nivel posible. Él era intuitivo y siempre agudo; en casi un abrir y cerrar de ojos sentí como si él hubiera compartido un abundante conocimiento práctico sobre el arte de enseñar, el cual he seguido de la mejor forma posible.

3. MI TRABAJO

Mis propias contribuciones a la filosofía del derecho pertenecen a lo que se conoce como teoría general del derecho [*general jurisprudence*] —la amplia investigación sobre la naturaleza del derecho—. Dentro de la teoría general del derecho, hay tres temas que me han ocupado en particular. El primer tema es la relación entre los principios morales y la validez jurídica, específicamente, la pregunta de si la conformidad con un principio moral puede ser una condición de validez del derecho. Éste ha sido un tema debatido apasionadamente en los últimos veinticinco años, aunque sería un error suponer que la pregunta es más vieja de lo que es. El positivista jurídico del siglo XVIII, Jeremy Bentham, hizo la famosa observación de que era posible que la conformidad con la moral (en su opinión, el principio de utilidad) sirviera como la única condición de validez del derecho; en tanto que el positivista jurídico del siglo XIX, John Austin, pensó que la conformidad con la moral nunca podría funcionar como una condición de validez del derecho, dado que los soberanos, las piedras angulares de todos los sistemas jurídicos, eran y tenían que ser

jurídicamente ilimitados. Aun así, en realidad el debate sólo emergió hacía el final del siglo XX. En la filosofía del derecho contemporánea hay tres tipos principales de teorías para escoger: la teoría de Dworkin (o el interpretativismo, en forma más general),⁵ la cual sostiene que la conformidad con los principios morales es siempre una condición de validez del derecho. El positivismo incluyente,⁶ el cual sostiene que la conformidad con los principios morales puede, bajo ciertas condiciones, servir como una condición de validez del derecho, y el positivismo excluyente,⁷ el cual sostiene que la conformidad con los principios morales nunca puede ser una condición de validez del derecho. Yo opté por defender el positivismo excluyente, aunque no en la forma popular.⁸ La mayoría de quienes defienden la posición de que los principios morales no pueden servir como condiciones de validez lo hacen apelando a la naturaleza de las demandas que el derecho hace sobre los sujetos. Ellos argumentan que para que el derecho funcione como lo hace, al establecer cómo deben comportarse los sujetos (creando, en términos de Raz, una decisión “ejecutiva” para ellos), no puede ocurrir que el derecho demande de los sujetos apelar a principios morales subyacentes o que

⁵ Dworkin, R., *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, y Stavropoulos, N., “Interpretivist Theories of Law”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (en internet): <http://plato.stanford.edu/entries/law-interpretivist/>. Consultada el 5 de febrero de 2011.

⁶ El positivismo incluyente tiene diferentes nombres (por ejemplo, también es conocido como ‘positivismo blando’ o ‘incorporacionismo’) y diferentes tipos (por ejemplo, hay versiones de ‘suficiencia’ y de ‘necesidad’. Véase Waluchow, W., *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1994; Coleman, J., *The Practice of Principle*, Oxford, Oxford University Press, 2011, y Kramer, M., *Where law and morality meet*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

⁷ También conocido como “positivismo duro”. Véase Raz, J., *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, y Marmor, A., *Positive Law and Objective Values*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

⁸ Guidice, M., “Unconstitutionality, Invalidity, and Charter”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 15, 2002, pp. 69-83; Guidice, M., “Existence and Justification Conditions of Law”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 16, 2003, pp. 23-42, y Guidice, M., “The Regular Practice of Morality in Law”, *Ratio Juris*, vol. 21, 2008, pp. 94-106.

participen en un debate moral. Tal apelación es incompatible con la naturaleza misma del derecho.

Si el anterior argumento fuera correcto, sería muy ingenioso y poderoso. Sin embargo, requiere que uno se comprometa con una visión muy uniforme de la naturaleza de las pretensiones del derecho. En gran parte de mi trabajo de posgrado y en publicaciones tempranas, pensé y argumenté que las apelaciones y las referencias a la moral en el derecho, a pesar de las apariencias, se explicaban mejor como ocasiones en las que una ley válida estaba siendo evaluada para determinar si tenía que ser confirmada o modificada, pero tal evaluación era, no obstante, del derecho válido y ya existente. La clave, empero, es mostrar por qué esta explicación en particular da mejor cuenta de la forma en la que la moral realmente figura en los sistemas jurídicos, los cuales han reconocido, a menudo a nivel constitucional, derechos morales que proporcionan a los ciudadanos y a los funcionarios, medios para impugnar el derecho existente. Debería admitir que todavía no estoy enteramente convencido de que el problema haya sido resuelto, sobre todo porque creo que mucho gira alrededor de cómo se explican los cambios jurídicos, lo cual requiere una más completa y detallada teoría de la identidad y continuidad de los sistemas jurídicos.⁹

El segundo tema en el que trabajo y he trabajado es la metodología de la filosofía del derecho. Siempre he estimado que examinar las teorías de derecho natural, el positivismo jurídico, la teoría de Dworkin del derecho como integridad y el realismo jurídico como teorías recíprocamente incompatibles sobre la naturaleza del derecho, es una útil introducción para los estudiantes nuevos en la filosofía del derecho. No obstante, una vez que se termina la introducción, examinar los debates como un juego de todo o nada nunca ha sido convincente. Como una alternativa, he tratado de desarrollar la idea de la continuidad en la filosofía del derecho, la cual requiere, en primer lugar, identificar familias generales de posiciones en la filo-

⁹ Lo cual permanece, como Raz ha observado, uno de los problemas no solucionados en la filosofía analítica. Véase Raz, J., *Between Authority and Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 58.

sosfía del derecho.¹⁰ Me decidí por tres: teorías moralmente evaluativas del derecho, que intentan proveer fundamentos y consideraciones generales para justificar o criticar las leyes y aun el derecho en general. Teorías conceptuales o descriptivas-explicativas, que intentan determinar algunos elementos característicos del derecho, así como los límites del fenómeno jurídico, aunque siempre de una forma revisable a la luz de nuevas experiencias y nuevas preguntas. Finalmente, teorías sociocientíficas, que intentan proporcionar explicaciones, tanto generales como particulares, de las razones por las que el derecho existe, persiste y asume la dirección que toma bajo ciertas circunstancias. Muchos replicarían que no todas las aproximaciones son necesarias y que otras están totalmente equivocadas al intentar responder la mayor pregunta de la filosofía del derecho: “¿qué es el derecho?” Creo que la pregunta es errada, o al menos es una pobre guía para el entendimiento de lo que deben hacer los filósofos del derecho. Los filósofos del derecho tienen mucho qué decir acerca de la naturaleza del derecho y sus relaciones con otros fenómenos, pero ellos gastan poco tiempo respondiendo la pregunta específica, aunque en última instancia ambigua, ¿qué es el derecho?

Más bien, creo que la filosofía del derecho se explica mejor como la búsqueda del entendimiento más ampliamente posible del derecho, lo cual incluye la investigación sobre las cinco características de la filosofía del derecho que identifiqué con anterioridad. También encuentro imposible reflexionar sobre el entendimiento más ampliamente posible del derecho sin emplear todas las aproximaciones conceptuales, sociocientíficas y moralmente evaluativas. Recurramos a una analogía. Imagine que quiere entender lo que es el matrimonio. Para empezar, necesitaría saber que es una reconocida forma de relación íntima entre dos (o posiblemente más) personas, la cual a menudo altera sus derechos y obligaciones (tanto morales como jurídicas). No obstante, saber solo esto estaría muy lejos de un completo o amplio entendimiento del matrimonio, dado que usted también necesitaría saber o considerar las razones morales o valores que son relevantes al evaluar no sólo cuándo casarse (quizá

¹⁰ Guidice, M., “Ways of Understanding Diversity Among Theories of Law”, *Law and Philosophy*, vol. 24, 2006, pp. 509-545.

abandonar la compañía, si usted ya está casado), pero también si el matrimonio es una institución legítima o justificada, en primer lugar. Aun así, incluso juntos los conocimientos conceptuales y morales son todavía insuficientes para un entendimiento amplio del matrimonio, dado que tal entendimiento sólo estaría completo con el conocimiento de las condiciones y causas de los matrimonios que son exitosos, y de los tipos exitosos de instituciones matrimoniales, así como el conocimiento de las condiciones y causas de los matrimonios fallidos, y de los fallidos tipos de instituciones matrimoniales. El derecho no es diferente al matrimonio en este aspecto: el conocimiento amplio y general del derecho sólo puede ser obtenido si se le investiga desde las tres aproximaciones generales. Ninguna aproximación por sí sola puede reclamar un monopolio sobre la pregunta y la respuesta de qué es el derecho. Aún más, y quizá de mayor importancia, la simplicidad de la pregunta probablemente basta para mostrar que invita a una pregunta unívoca que por esta razón debe ser rechazada.

Llegados a este punto, debería precisar algo. No pretendo sugerir que es sencillo probar que las teorías jurídicas sociocientíficas y las evaluativas moralmente son continuas. Al contrario, de hecho es muy difícil, puesto que cada tipo general de teoría ha sido típicamente muy hostil a la posibilidad de mayores intersecciones e interferencias. En mi propio trabajo he intentado mostrar que mientras cada tipo de teorías es necesaria y compatible al nivel de una aproximación general, al nivel de proposiciones particulares acerca del derecho (por ejemplo, ¿tienen los jueces discrecionalidad?), y el uso de conceptos particulares del derecho (por ejemplo, “derecho”), los conflictos pueden permanecer y permanecerán a la espera de una solución. Creo que algún progreso puede ser hecho resistiendo a la imagen familiar de la explicación conceptual del derecho que tiende a centrarse en la búsqueda e investigación de las características necesarias del derecho. He sostenido que una vez que nos demos cuenta de que la investigación de las características contingentes del derecho y las relaciones contingentes con otros fenómenos es una parte central de la explicación conceptual del derecho, se hace posible una continuidad más grande y más productiva con otras pers-

pectivas teóricas. Espero demostrar por qué esto es así en un trabajo futuro.¹¹

Un tercer tema en el cual sólo he empezado a trabajar es la explicación, desde la jurisprudencia analítica, de varias formas de derecho no estatal, las cuales no han recibido mucha atención de los filósofos del derecho. Muchos de los grandes trabajos contemporáneos en filosofía del derecho —desde *El concepto de derecho* de Hart a *La autoridad del derecho* de Raz y *El imperio de la justicia* de Dworkin— se han centrado casi en su totalidad en sistemas jurídicos estatales, con poca o ninguna referencia al derecho internacional, transnacional o a los órdenes jurídicos dentro los mismos Estados. Por supuesto, esto es relativamente no objetable, dado que el derecho estatal es la forma prominente de derecho con el que los teóricos jurídicos y los ciudadanos están más familiarizados. No obstante, no es la única clase de derecho o de orden jurídico. La atención casi exclusiva que se le ha dado tiene dos infortunados efectos en la filosofía del derecho. Primero, ha desequilibrado mucho a la filosofía del derecho, porque nuestras teorías de los sistemas jurídicos estatales son muy ricas y sofisticadas, pero el entendimiento del derecho no estatal —por ejemplo, el derecho internacional, el que se ha vuelto considerablemente más complejo— es primitivo. En segundo lugar, es muy fácil pasar del análisis de los sistemas jurídicos estatales a inferencias acerca de la naturaleza del derecho como tal, lo cual ha llevado a la postura de que todas las otras formas de derecho pueden ser examinadas o comparadas desfavorablemente con el derecho estatal. Creo que esa actitud ha contribuido a descuidar al derecho internacional y también a otras formas de derecho, aunque tales formas de derecho son de interés filosófico por sí mismas. Los filósofos del derecho poseen habilidades analíticas importantes, que pueden ser usadas para desarrollar teorías de derecho no estatal mucho mejores. En mi trabajo sobre el derecho no estatal, escrito en gran parte con Keith Culver,¹² hemos tratado de mostrar algunas formas en las cuales este

¹¹ Guidice, M., “Analytical Jurisprudence and Contingency”, en Del Mar, M. (ed.), *New Waves in Philosophy of Law*, Londres, Palgrave, 2011, pp. 58-77.

¹² Culver, K. y Guidice, M., *Legality's Borders: an Essay in General Jurisprudence*, Nueva York, Oxford University Press, 2010.

derecho puede ser provechosamente explicado sin fuertes y debilitantes suposiciones acerca de la primacía del derecho estatal. No obstante, queda mucho por hacer.

Hay un tipo de derecho no estatal que me interesa en particular, aunque poco he escrito sobre él. Alguna vez me pidieron que participara en un simposio sobre un libro que ofrecía (en realidad catalogaba) numerosas formas en las que el sistema jurídico estadounidense no satisfacía varios estándares de justicia. Estuve de acuerdo en participar, aunque luego de terminar el libro no encontré mucho de interés filosófico, así que aproveché la oportunidad para relacionar las críticas del autor a algunos defectos del sistema jurídico canadiense, particularmente a la forma como trata a los pueblos aborígenes. Al igual que sucede en muchos otros países con los pueblos aborígenes, el sistema jurídico canadiense no ha tenido una limpia historia moral. Apropiaciones injustas de tierras, escasa representación en el sistema político, sobre representación en las prisiones y una completa inequidad frente a la ley son ampliamente conocidas y documentadas.

Mi conocimiento personal de la vida aborígen también contribuyó a mi interés en el derecho y el gobierno aborígen, dado que crecí en Nuevo Brunswick, muy cerca de muchas comunidades aborígenes; además, muchos de mis mejores amigos eran aborígenes. Por un par de años, incluso salí con la hija de un cacique, lo cual, aunque me trajo algunos riesgos, que tuvieron que ser superados, también me dio la única oportunidad y placer de discutir en muchas ocasiones con el cacique. Aprendí mucho de él, aunque tanto sólo vine a saberlo años después y luego de reflexionar (para entonces era sólo un adolescente). Lo que me interesó en particular (y para lo cual usé el libro del simposio como una excusa para escribir) fueron las formas en las que muchas comunidades aborígenes entienden varios conceptos tales como autoridad, infracción, contrato o acuerdo, propiedad, soberanía y disputa-resolución —algunos de los conceptos centrales de los sistemas jurídicos dominantes creados en Europa—.

Las comunidades aborígenes no tienen exactamente los mismos conceptos que los sistemas de Europa occidental; sin embargo, ellos sí tienen conceptos similares que son usados para la mayoría de los mismos problemas sociales que cualquier sociedad enfrenta. Lo que más me sorprendió, sin embargo, fue lo distinto que es su

entendimiento de estos conceptos. Por ejemplo, los sistemas jurídicos de la Europa occidental entienden a una autoridad jurídica, por ejemplo, un juez, como alguien que ha recibido un entrenamiento especial en el estudio del derecho, que ha sido reconocido o nombrado por su sistema, y quien tiene el derecho o poder de resolver las disputas según el derecho. No obstante, para muchas comunidades aborígenes, es totalmente extraña la idea de un especialista anónimo que ni tiene familiaridad con la gente envuelta en la disputa ni ha demostrado sabiduría alguna en o hacia la comunidad sobre la que ejerce autoridad. Las autoridades jurídicas en las comunidades aborígenes, por tanto, tienden a ser muy diferentes, incluyen personas, típicamente mayores, que tienen fuertes lazos con sus comunidades y que se han ganado la confianza de sus comunidades como representantes experimentados y sabios.

El concepto de contrato también es visto de una forma muy diferente en ambas culturas. Un europeo occidental típicamente entiende un contrato como un tipo de inversión protegida en la que cada parte espera lucrarse o beneficiarse de los términos que ha acordado, sin importar el beneficio de la otra parte. En muchas culturas aborígenes, los contratos son vistos como expresiones de acuerdo o entendimiento que son mutuamente beneficios, lo que a la vez significa que si las condiciones cambian y una parte no se está beneficiando más del acuerdo o del convenio, debe realizarse un nuevo acuerdo o convenio que sea mutuamente beneficioso bajo las nuevas condiciones. Existen más ejemplos (en mi opinión, todos poco estudiados y poco apreciados). Sin embargo, la observación más significativa que se puede hacer del entendimiento de los aborígenes del derecho es que a menudo no es necesario mirar a mundos posibles o a situaciones hipotéticas para examinar los límites de nuestro entendimiento conceptual. A menudo, conceptos y perspectivas alternativas del derecho y la sociedad están muy cerca.

4. EL FUTURO

Aunque he identificado algunos temas en los que creo que más trabajo debe hacerse en la filosofía del derecho, sería útil resumir brevemente los temas futuros. Primero, creo que debe prestarse

más atención a las preguntas metodológicas, pero quizá a nada más que a la preguntas sobre cómo el análisis conceptual se vincula con el estudio sociocientífico del derecho o los estudios sociojurídicos, como en ocasiones se les llama. Muy a menudo, la actitud de uno hacia el otro es displicente o negligente. Esto no es productivo para ninguna de las perspectivas. Segundo, la sofisticación de las teorías sobre el derecho estatal ha llegado a un punto donde la falta de atención sobre otras formas de derecho no es justificable. Hay una gran necesidad de rebalancear la teoría jurídica y hacerla más receptiva a los dinámicos y diversos mundos normativos que sostienen nuestras vidas sociales. Esto requiere mejores teorías jurídicas que no estén restringidas a la explicación de los sistemas jurídicos estatales.¹³ Tercero, con mayor acceso a más y más culturas, y más conocimiento de sus prácticas, es importante ocuparse en el análisis comparativo de conceptos y estructuras conceptuales.

¹³ Para este fin, creo que mucha más atención debe prestarse a los trabajos de Willaim Twining y Brian Tamanaha. Véase Twining, W., *Globalisation and Legal Theory*, London, Butterworths, 2001; Twining, W., *General Jurisprudence: Understanding Law from a Global Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, y Tamanaha, B., *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford, Oxford University Press, 2001.