

Los editores de esta edición especial me pidieron mi perspectiva personal sobre algunos asuntos: mi educación e intereses, el propósito y la metodología de la filosofía del derecho, temas de mi trabajo, el futuro de la filosofía del derecho. Las respondo a continuación.

1. EDUCACIÓN E INTERESES

Estoy interesado en explicaciones metafísicas o constitutivas en varios ámbitos. Una de mis áreas de investigación se ocupa del contenido mental y los conceptos; por ejemplo, ¿qué es lo que hace que nuestros pensamientos tengan el contenido que tienen? El derecho es un caso práctico para la metafísica, por varias razones. Es un ámbito creado por el hombre. Al mismo tiempo, el realismo sobre el contenido del derecho es altamente plausible; en términos generales, los hechos acerca del contenido del derecho van más allá de lo que creemos sobre ellos. El derecho es también un ámbito en el cual existe una rica práctica, extremadamente institucionalizada, y el contenido del derecho depende de formas sistemáticas de lo que acontezca con aquella práctica (compárese, por ejemplo, la forma en la cual la práctica del ajedrez se relaciona con los hechos del ajedrez —por “hecho del ajedrez” quiero decir, por ejemplo, si existe mate en tres movimientos desde una posición particular—).

En general, pienso que es importante para los filósofos tener una dieta variada de ejemplos. Así que no sólo nos deberíamos enfocar en hechos jurídicos o hechos mentales. Deberíamos también pensar en matemáticas, moralidad, humor, color y similares.

Además de mi interés en el ámbito jurídico desde el punto de vista metafísico, el hecho de tener formación jurídica también ha hecho natural para mí trabajar en la filosofía del derecho. Mi primera educación estaba enfocada en la matemática. Y, como adolescente, reaccioné a la filosofía analítica con sorpresa y placer al descubrir que otras personas pensaban y escribían en una forma que me era

* UCLA. greenberg@law.ucla.edu

natural. Después de mis estudios de pregrado fui a la escuela de derecho imaginando que sería un tipo de lógica aplicada y asumiendo que yo haría después un doctorado en filosofía o matemáticas. Descubrí que el derecho es intrínsecamente fascinante, y me fui a trabajar como fiscal federal en el Departamento de Justicia (durante un receso de mi curso de posgrado en filosofía). De hecho, a menudo me he movido de aquí a allá entre proyectos filosóficos y jurídicos. Encuentro natural proceder así: el razonamiento filosófico y el razonamiento jurídico siempre me han parecido continuos.

Como estudiante de posgrado en Oxford, mi enfoque principal estaba en la filosofía de la mente, pero la flexibilidad de Oxford me permitió trabajar también en filosofía del derecho y metaética. También me hizo posible trabajar con varias clases diferentes de filósofos —probablemente trabajé con una docena de personas diferentes en un momento u otro—. Fui extremadamente afortunado en tener fabulosos profesores y directores, muchos de los cuales se convirtieron en buenos amigos. En filosofía del derecho, tres fueron muy importantes para mí. Ronald Dworkin fue siempre generoso con su tiempo, su genio para ver la imagen completa me ayudó en gran medida. Joseph Raz fue un profesor maravilloso; él me ayudó a ver los problemas de nuevas maneras. Susan Hurley fue mi primera directora de tesis en Oxford durante mi licenciatura en filosofía; ella tuvo un gran impacto en las direcciones que tomé en filosofía. Ellos tres eran radicalmente diferentes en su estilo filosófico y visiones sustantivas.

En Oxford, mi tesis de doctorado fue sobre contenido mental, no sobre filosofía del derecho.¹ Pero este trabajo, y mi participación con directores durante el camino, inevitablemente influenció mi pensamiento sobre la filosofía del derecho. Estoy agradecido con Bernard Williams, uno de mis directores oficiales en el doctorado en filosofía (antes de que se mudara para Berkeley), por muchas vigorizantes y memorables sesiones de dirección. Sin embargo, no siempre abandoné su oficina agradecido; su estilo era demolerlo todo. Los resultados, sin embargo, fueron mucho mejores por ello. Martin Davies fue un extraordinario director y mentor: revelador, claro, amable,

¹ Greenberg, M., *Thoughts without Masters: Incomplete Understanding and the Content of Mind*, Oxford, University of Oxford, disertación doctoral, 2001.

paciente, siempre constructivo. Aunque mi tesis no concernía a la filosofía del derecho, tanto Martin como Bernard fueron tolerantes con mi trabajo en filosofía del derecho (sin mencionar mis incursiones en la filosofía de la probabilidad) y estaban dispuestos a hablar al respecto.

Naturalmente, mi interés en otras áreas de la filosofía tuvo un impacto importante en la forma en la que pienso sobre la filosofía del derecho. Al principio, estaba comprometido con los argumentos clásicos de Putnam contra el positivismo lógico y el conductismo. Como consecuencia, me interesé en el tobogán verificacionista que a menudo uno observa en la filosofía del derecho —y sobre el que Dworkin llamó la atención— desde nuestra inhabilidad para estar seguros sobre lo que es el derecho hasta la indeterminación acerca de lo que el derecho es (antes de convertirme en estudiante de posgrado en Oxford, recuerdo hablar con Ronnie sobre la metafísica del derecho en una llamada telefónica intercontinental).

En alguna época de mis estudios de posgrado dediqué mucho tiempo a pensar sobre el trabajo de Donald Davidson. En consecuencia, y estimulado por las discusiones con Susan Hurley, empecé a pensar acerca de un argumento estilo Davidson sobre la interpretación en el caso jurídico. En última instancia, llegué a pensar que el argumento resultante era más poderoso en el caso jurídico que en el argumento original de Davidson sobre el caso mental. Años después, mi artículo “How Facts Make Law” fue descendiente de esta línea de pensamiento.²

Cuando miro atrás, me doy cuenta de que mi tesis para la licenciatura en filosofía, en 1990, ya reflejaba mis intereses en la mente y el derecho. En esa tesis empecé a desarrollar una explicación de lo que llamé “conceptos teoréticos”. Extrayendo de los primeros trabajos de Putnam,³ argumenté que el ser comprendido o no en un con-

² Greenberg, M., “How Facts Make Law”, *Legal Theory*, vol. 10, 2010, pp. 157-198, versión corregida publicada en Herskovitz, S. (ed.), *Exploring Law's Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 225-264.

³ Especialmente véase Putnam, H., “Explanation and Reference”, en Putnam, H. (ed.), *Mind, Language, and Reality*, Cambridge, Cambridge University Press, 1975, pp. 196-214.

cepto depende de la mejor explicación de un fenómeno subyacente, una explicación que va más allá de lo que uno debe saber para ser un usuario competente del concepto —de hecho que puede ir más allá de lo que nadie sabe—. También argumenté que los conceptos tipo-naturales, intencionales, éticos y jurídicos eran todos teóricos, aunque las índoles de los fenómenos subyacentes eran diferentes en cada caso (al contrario, Dworkin ha afirmado hace mucho tiempo que lo que llamamos “conceptos interpretativos” tienen que ser tratados de una forma marcadamente diferente a los conceptos tipo-naturales. En su opinión, los usuarios de un concepto tipo-natural tienen que estar de acuerdo en un test decisivo y final para la aplicación del concepto, aun si ellos no usan ese test en la aplicación diaria del concepto. “No compartiríamos el concepto de león, si estuviéramos en desacuerdo acerca de la leonidad de un animal, aun si estuviéramos de acuerdo en que él pertenece o no a las especies biológicas históricamente designadas como leones”.⁴ Esta posición de los conceptos tipo-naturales todavía me parece equivocada. Un científico puede desarrollar una teoría según la cual la esencia de la leonidad es la no pertenencia a las especies biológicas. Él o ella podrían llegar a creer en esta teoría y todavía tener ideas relacionadas con el concepto león. De hecho, su tesis según la cual la pertenencia a una especie biológica no hace que un león en particular sea un león, sería tal teoría).

Filosofía del derecho: propósito, implicaciones prácticas, metodología

El principal objetivo de la filosofía del derecho, como el de cualquier área de la filosofía, es simplemente conocer y comprender (la gente puede *estudiar* la filosofía del derecho, sin embargo, por diversas razones que van desde el puro interés o goce, hasta el deseo de mejorar su habilidades en el razonamiento analítico —o, en el caso de algunos estudiantes emprendedores, el deseo de reforzar

⁴ Dworkin, R., *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Harvard University Press, 2011, p. 160.

sus aplicaciones para la escuelas de derecho—). Aunque su objetivo no es en esencia práctico, la filosofía del derecho, en efecto, tiene importantes consecuencias para la interpretación jurídica.⁵ En general, si se desea saber cómo encontrar la verdad sobre algo, para decirlo sutilmente, es muy útil conocer la naturaleza de los fenómenos que le interesan. La razón, por supuesto, es que lo que constituye la evidencia de la presencia de un fenómeno depende de lo que el fenómeno es. Antes de que la naturaleza de una enfermedad sea entendida, es difícil tener un buen examen para ella. Cuando usted descubre lo que la enfermedad es; por ejemplo, una constelación de síntomas causados por la infección de un particular virus, usted puede desarrollar un examen para la presencia de dicho virus. (No sostengo que siempre sea necesario entender la metafísica para tener un acceso epistémico. Hay casos especiales. Por ejemplo, la gente tiene cierto acceso directo a lo que sus sentimientos son. Sin embargo, en el caso del derecho, no tenemos nada análogo, y tenemos que trabajar sobre los hechos acerca de nuestras obligaciones jurídicas a partir de los hechos más básicos que las constituyen.)

Si desea saber lo que el derecho es en una jurisdicción particular, sería muy útil tener lo que llamaré una *teoría del derecho*. Una *teoría del derecho es simplemente una explicación constitutiva del contenido del derecho* —i. e. una explicación de cuáles aspectos de cuáles hechos básicos son los relevantes, y cómo esos hechos básicos juntos prueban que varias obligaciones jurídicas, poderes, y otros, son lo que ellos son—. La teoría del derecho le dirá cuáles aspectos de las leyes, los precedentes, las regulaciones y otros materiales jurídicos hacen posible que una norma jurídica particular exista. En la interpretación de la ley, por ejemplo, una teoría del derecho le dirá si la contribución de la ley al contenido del derecho está determinada por el significado público del texto, por lo que la mayoría de los miembros del órgano Legislativo intentaron comunicar al aprobar la

⁵ Dworkin, por supuesto, ha argumentado desde hace tiempo que la filosofía del derecho es continua con la práctica jurídica; sin embargo, muchos filósofos del derecho parecen haber rechazado esta idea. Scott Shapiro tiene una atractiva discusión sobre las implicaciones prácticas de la filosofía del derecho en Shapiro, S., *Legality*, Cambridge, Harvard University Press, 2010, pp. 25-30.

ley, por cuál impacto ellos intentaron con la ley, por alguna complicada combinación de factores, o algo más. Por supuesto, una teoría del derecho en este sentido no es sólo valiosa por la ayuda que provee para descubrir lo que el derecho es —esto es extremadamente importante desde una perspectiva filosófica más pura—. Ella es, al fin de cuentas, una explicación constitutiva de un aspecto central, quizá el central, del derecho: su contenido.

La metodología de la filosofía del derecho no es distinta a la metodología de la filosofía en general, y la metodología de la filosofía es, por sí misma, un tema central y complejo de la filosofía, además de uno de mis propios intereses de investigación. No puedo pretender abordarlo aquí de forma adecuada (dicho esto, he participado recientemente en un extenso intercambio con Brian Leiter respecto a su posición, según la cual la filosofía del derecho debería ser remplazada por un trabajo empírico en sociología o psicología).⁶

Temas en mi trabajo

Mencionaré algunos pocos temas que atraviesan mi trabajo. Uno se refiere a la relación entre prácticas y normas. En varios artículos he luchado contra una tendencia de los teóricos jurídicos de asumir que las prácticas por sí mismas determinan o generan normas. Por ejemplo, en “The Meaning of Original Meaning”, Harry Litman y yo mostramos que el originalismo, propiamente entendido, debe contemplar la posibilidad de que las “prácticas originales” —i. e. prácticas que eran bien aceptadas cuando la Constitución fue aceptada y en los años posteriores— sean inconstitucionales, y, de hecho, que demandar fidelidad a las prácticas originales es incompatible con interpretar que la Constitución establece principios.⁷ Nuestro

⁶ Greenberg, M., “Naturalization in Epistemology and the Philosophy of Law”, *Law and Philosophy*, vol. 30, 2011, pp. 419-451; Leiter, B., *Naturalizing Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 2007; Greenberg, M., “Implications of Indeterminacy: Naturalism in Epistemology and the Philosophy of Law II”, *Law and Philosophy*, vol. 30, 2011, pp. 453-476; Leiter, B., “Naturalized Jurisprudence and American Legal Realism Revisited”, *Law and Philosophy*, vol. 30, 2011, pp. 499-516.

⁷ Greenberg, M. y Litman, H., “The Meaning of Original Meaning”, *The Georgetown Law Journal*, vol. 86, 1988, pp. 570-619.

argumento por tanto debilita la influyente posición del magistrado Scalia, según la cual la Constitución debe ser interpretada con el fin de mantener cualquiera de las prácticas originales. Este tema de la relación entre prácticas y normas atraviesa mi posterior trabajo en la filosofía del derecho, desde “How Facts Make Law”, “Hartian Positivism and Normative Facts”, y “On Practices and the Law”, hasta “The Standard Picture and its Discontents”, “Legislation As Communication? Legal Interpretation and the Study of Linguistic Communication”, y “The Moral Impact Theory of Law”.⁸

Señalé con anterioridad que la filosofía del derecho puede tener implicaciones prácticas importantes. Incluso, soy lo suficientemente optimista como para pensar que este es un lugar en el que mi trabajo no sólo puede tener implicaciones prácticas, sino algún impacto real en la práctica jurídica. “The Meaning of Original Meaning”⁹ ha sido exitoso en persuadir a los comentaristas académicos de que la versión del originalismo de las “prácticas originales” o las “expectativas originales” no es viable (o, al menos, los argumentos han sido exitosos, sea o no nuestro artículo el responsable). El hecho de que la práctica fuera bien aceptada al momento y después de la adopción de la disposición constitucional es, a lo sumo, una evidencia indirecta del significado original de la provisión. Aunque probablemente nunca convertiremos al juez Scalia (hace años, supe que él había leído nuestro artículo), soy lo suficientemente optimista (o ingenuo) para pensar que el hecho de que muchos académicos hayan

⁸ Greenberg, *Thoughts Without Masters: Incomplete Understanding and the Content of Mind*, cit.; “How Facts Make Law”, cit.; Greenberg, M., “A New Map of Theories of Mental Content: Constitutive Accounts and Normative Theories”, *Philosophical Issues*, vol. 15, 2005, pp. 299-320; Greenberg, M., “Incomplete Understanding, Deference, and the Content of Thought”, 2007, disponible en <http://ssrn.com/abstract=1030144> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1030144>; Greenberg, M., “Moral Concepts and Motivations”, *Philosophical Perspectives*, vol. 23, 2009, pp. 137-164; Greenberg, M., “The Standard Picture and Its Discontents”, *Oxford Studies in Philosophy of Law*, vol. 1, 2011, pp. 39-106; Greenberg, M., “Legislation as Communication? Legal Interpretation and the Study of Linguistic Communication”, in Marmor, A. and Soames, S. (eds.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 217-256; Greenberg, M., “The Moral Impact Theory of Law”, *Yale Law Journal*, vol. 123, 2014, pp. 1288-1342.

⁹ Greenberg y Litman, “The Meaning of Original Meaning”, cit.

sido persuadidos tendrá eventualmente un impacto práctico real. Algunos de esos profesores y sus estudiantes pasarán a convertirse en jueces de apelación, y presumiblemente entonces será menos posible adoptar esta forma de originalismo de lo que de otra forma hubiera sido.

Otro tema de mi trabajo se refiere a la apelación a los hechos normativos en las explicaciones constitutivas, tales como las explicaciones constitutivas de los hechos jurídicos y mentales. Este tema aflora no sólo en los artículos de filosofía del derecho, sino también en mi trabajo sobre la filosofía de la mente.

Un tema estrechamente relacionado se refiere a la relación entre el derecho y la moral. Desde luego, este tema es central en gran parte de mi trabajo en la filosofía del derecho, y aflora en una forma nueva en “Explaining the Asymmetry between Mistakes of Law and Mistakes of Fact”.¹⁰

Un tema final involucra a la relación entre, por una parte, el entendimiento del lenguaje y la comunicación, y, por la otra, la interpretación jurídica. Ya he mencionado a “The Meaning of Original Meaning”.¹¹ En ese artículo, Harry Litman y yo nos basamos en una distinción elemental entre, por una parte, el significado de un término, y, por la otra, el conjunto de objetos a los que ese término se aplica —de forma correcta o incorrecta— por ciertos hablantes (no, como algunos han pensado, una distinción entre sentido y referencia).

Más recientemente, he discutido una postura simple de la relación entre la interpretación lingüística y la interpretación jurídica. Algunos filósofos mantienen que introducir algo de la sofisticada filosofía del lenguaje puede directamente resolver temas importantes relacionados con la interpretación jurídica. Implícita o explícitamente, ellos asumen que la legislación es una forma de comunicación lingüística; la interpretación jurídica es un caso de la interpretación

¹⁰ Greenberg, M., “Explaining the Asymmetry between Mistakes of Law and Mistakes of Fact”, *Jurisprudence*, 2014, originalmente publicado como “How Mistakes Excuse: Genuine Desert, Moral Desert, and Legal Desert”, *Newsletter of the American Philosophical Association*, 8.

¹¹ Greenberg, M. y Litman, H., “The Meaning of Original Meaning”, *cit.*

lingüística, y el contenido del derecho es simplemente contenido lingüístico ordinario.

En “Legislation as Communication”,¹² sostengo que la interpretación jurídica, entendida como el proceso de intentar concretar lo que el derecho es, no es interpretación lingüística, aunque, por supuesto, entender el significado del contenido lingüístico de los textos jurídicos o las afirmaciones es importante en la interpretación jurídica. Las consideraciones lingüísticas no pueden solucionar los problemas de la interpretación jurídica, porque hay una brecha amplia entre el significado de los textos relevantes y el contenido del derecho, una brecha que no puede ser llenada con consideraciones lingüísticas. Por supuesto, trabajar en la filosofía del lenguaje y la lingüística puede hacer mucho por clarificar la naturaleza de los contenidos lingüísticos que son asociados con los textos jurídicos y las afirmaciones, pero el estudio del lenguaje no puede resolver la pregunta sobre la contribución de una ley o de una decisión judicial al contenido del derecho —por ejemplo, no tiene nada que decir sobre si la contribución de una ley al contenido del derecho es, o no es, un contenido lingüístico asociado con la promulgación de la ley—. (Uno podría usar el término “interpretación jurídica” especulativamente para el proceso de clarificar el significado lingüístico ordinario de los textos jurídicos. Dada esta terminología, la “interpretación jurídica” sería un caso trivial de la interpretación lingüística; pero en ese caso el resultado de la interpretación jurídica no sería el contenido del derecho, sino más bien el contenido lingüístico de los textos jurídicos).

El futuro de la filosofía del derecho

Habiendo leído estudios empíricos de la (sombría) exactitud de las predicciones de los expertos, no tengo confianza en que pueda predecir el futuro de la filosofía del derecho. Puedo decir algo sobre cómo

¹² Greenberg, “Legislation as Communication? Legal Interpretation and the Study of Linguistic Communication”, *cit.* Véase además, Greenberg, “The Moral Impact Theory of Law”, *cit.*

espero que la filosofía del derecho se desarrolle. En un nivel muy general, espero que la filosofía del derecho continuará integrándose más con otras áreas de la filosofía. Los filósofos del derecho necesitan tener las herramientas desarrolladas en otras áreas de la filosofía y necesitan estar familiarizados con el trabajo más reciente y sofisticado en esas áreas. Mi experiencia es que trabajar en diferentes áreas es una fuente fructífera de ideas. Además, es importante que los filósofos del derecho tengan alguna experiencia con la práctica del derecho para que ellos puedan tener una idea de la práctica desde el interior. Sin tal experiencia, es fácil tener un modelo demasiado simplista de, por ejemplo, la interpretación de las leyes.

Espero que desaparezcan de la filosofía del derecho ciertas presuposiciones y hábitos mentales generalizados. Mucho de lo que está mal en la filosofía del derecho se deriva de una imagen del derecho que es ampliamente y de forma implícita asumida como el denominador común, aunque rara vez es expuesta explícitamente, menos aun, defendida. De forma muy indicativa, de acuerdo con esta *imagen estándar*, el contenido del derecho es el contenido lingüístico ordinario de los textos jurídicos autoritativos.¹³ La presunción de que la *imagen estándar* es un denominador común distorsiona gravemente el debate. Por ejemplo, conduce a la repetida y supuesta idea de que en toda teoría del derecho, positivista o antipositivista, debemos identificar primero el contenido de las normas antes de poder evaluarlas. Según esta línea de pensamiento, por tanto, la insistencia positivista de mantener separados el contenido de las normas de su bondad promueve la claridad, y la negativa antipositivista de mantener esas dos cosas separadas sólo sirve para confundir la materia.¹⁴ El punto de partida de esta línea de pensamiento, sin embargo, es un error grave. La más plausible explicación antipositivista de las normas jurídicas (así como de algunas explicaciones positivistas) excluye la *imagen estándar*. Para tales explicaciones, no empezamos con las normas cuyo contenido puede ser identificado de una forma enteramente descriptiva.

¹³ Greenberg, M., "The Standard Picture and its Discontents", *Oxford Studies in Philosophy of Law*, vol. 1, 2011, pp. 39-106.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 65 y 66.

Una forma estrechamente relacionada en la que la filosofía del derecho se equivoca desde el inicio involucra la definición del debate positivista/antipositivista en términos de la noción de validez. A menudo, se dice que la cuestión central en el debate es si los criterios de validez de las normas jurídicas incluyen consideraciones morales. Por desgracia, esta forma de definir el debate sugiere claramente que una explicación del contenido del derecho tiene que empezar con las normas jurídicas putativas, que luego resultan ser válidas o inválidas dependiendo de si ellas satisfacen cierto criterio de validez. Para la *imagen estándar*, la sugerencia tiene un perfecto sentido. Hay enunciados jurídicos que pretenden ser autoritativos. Los contenidos lingüísticos de estas declaraciones son, por tanto, normas jurídicas putativas; ellas resultan ser válidas o inválidas dependiendo de si esas declaraciones son genuinamente autoritativas.

Otra vez, sin embargo, para la explicación antipositivista más plausible, no hay una forma natural de hacer que tenga sentido la idea de normas jurídicas putativas y criterios de validez¹⁵ (por supuesto, uno podría decir simplemente, de forma torpe e inútil, que el criterio de validez de una teoría es simplemente la explicación de la teoría del contenido del derecho, y que cada posible estándar que no es de hecho parte del contenido del derecho es una norma jurídica inválida). Por supuesto, hay leyes, regulaciones y otras normas inválidas. No obstante, para las explicaciones en cuestión, el contenido lingüístico ordinario de las leyes inválidas y las regulaciones no son normas jurídicas inválidas. De nuevo, hay candidatos para las normas jurídicas que un intérprete tiene que considerar al tratar de elaborar lo que las normas jurídicas son, pero el único sentido en el cual ellas son candidatas a normas jurídicas es epistémico.

Aún más importante, las opciones antipositivistas que más lógicamente se entienden como consistentes con la *imagen estándar* son poco atractivas —aunque algunos antipositivistas también parecen asumir la *imagen estándar*.¹⁶ En consecuencia, aceptar la *imagen estándar* como el denominador común prejuzga el debate desde el inicio. Mi intención aquí no es que la gente llegue a aceptar mi tesis de

¹⁵ *Ibidem*, pp. 59, 60, 66 y 67.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 62-65.

que la *imagen estándar* es falsa (¡aunque así lo espero!) Más bien, mi intención es que para que exista un debate no distorsionado es esencial que los filósofos del derecho entiendan que la *imagen estándar* no es un denominador común y, en particular, que hay posiciones positivistas y antipositivistas importantes que no aceptan la *imagen estándar*.¹⁷

¹⁷ *Ibidem*, pp. 55-66.