

BRIAN R. LEITER*

1. ¿Por qué se interesó inicialmente en la filosofía del derecho?

Mi explicación por mi interés *inicial* en la filosofía del derecho es bastante mundana y algo accidental. Había ido a la universidad en 1980 con un interés en convertirme en abogado, motivado en parte por mis simpatías políticas. Éstas fueron formadas —es importante resaltar— a finales de los setenta en los Estados Unidos, antes de la elección del reaccionario Ronald Reagan y el extraordinario giro a la derecha de la vida política del país. Así que se podría esperar que en aquel momento el progreso humano podía alcanzarse mediante el derecho. En la secundaria, fui influenciado por la historia del extraordinario líder de los derechos civiles, A. Philip Randolph; así que la abogacía (aunque Randolph no era un abogado) me parecía una forma en la cual podía defender efectivamente importantes causas sociales, políticas y económicas. Al mismo tiempo, fui a la Universidad de Princeton con un interés en la filosofía, un interés que había crecido por haber estudiado Sartre en la secundaria. El único filósofo que conocí en el Princeton de la época fue Walter Kaufmann, quien, tristemente, ¡murió antes de mi primer año! No obstante, el estudio de la filosofía afortunadamente me capturó. En abril de 1982, descubrí a Nietzsche en un curso con Richard Rorty (era su último periodo en Princeton). Ello me dejó una profunda impresión (aunque después me di cuenta de que la visión particular de Nietzsche que tenía Rorty era totalmente errónea). Para el momento en que estaba listo para graduarme, la elección entre entrar a la facultad de derecho (el derecho es un posgrado en los Estados Unidos) o un doctorado en filosofía me pareció muy dura. Siendo una persona con un temperamento adverso al riesgo, decidí aplicar a ambos —después de todo, un título en derecho garantizaba un trabajo, mientras un grado en filosofía no— y fui aceptado a ambos programas en la University of Michigan en Ann Arbor.

* University of Chicago Law School. bleiter@uchicago.edu. Publicado originalmente en inglés en Morton, E. Nielsen J. (ed.), *Legal Philosophy: Five Questions* (Automatic Press, 2007).

El primer año en la facultad de derecho fue muy poco inspirador. Tuve un par de profesores serios e intelectualmente atractivos —James Kier (en derecho de la propiedad) y James J. White (en contratos) resaltaban—, pero los otros eran bastante flojos como pedagogos, y algunas veces como intelectuales. Pero como me había comprometido a estudiar derecho, naturalmente pensé en vincular puntos de intersección entre derecho y filosofía. Un curso de Frederick Schauer sobre “Realismo jurídico y estudios críticos del derecho” fue muy importante en formar mis intereses. En los realistas encontré los análogos jurisprudenciales de Nietzsche: pensadores que eran escépticos, irreverentes de la “sabiduría recibida”, quienes no tenían paciencia por moralismos sin sentido y quienes estaban listos para comunicar verdades incómodas. En los años finales de la escuela del derecho, escribí una serie de ensayos —para seminarios y estudios independientes— sobre varios aspectos del realismo jurídico y los asuntos jurisprudenciales sobre la indeterminación del razonamiento jurídico que surgían. Estos escritos constituyeron, como me gusta decirlo, mi “segunda disertación” (la *real* fue sobre la filosofía moral de Nietzsche, escrita bajo la supervisión primaria del filósofo moral Peter Railton). A través de los realistas jurídicos estadounidenses, pero mediados por una educación filosófica general, encontré mi camino hacia los problemas de la filosofía del derecho.

2. ¿Por cuál de sus contribuciones a la filosofía jurídica hasta ahora le gustaría más ser recordado, y por qué?

Primero, espero haber redimido la “jurisprudencia realista” como una tema serio para un pensamiento filosóficamente informado sobre el derecho. Los realistas fueron abogados, no filósofos, pero al contrario de muchos filósofos, ellos entendían cómo los jueces y tribunales funcionan en realidad. He tratado de proporcionar algunas motivaciones filosóficamente reconocibles para su perspectiva sobre el derecho y los tribunales, y, al mismo tiempo, ofrecer una reconstrucción rigurosa de sus tesis distintivas. Debemos pensar con algo de simpatía el proyecto de los realistas y sus enseñanzas, y debemos notar que Hart y otros jurisprudentes “dominantes”, quienes les criticaron, no entendieron realmente a sus oponentes.

En segundo lugar, espero haber hecho a la filosofía del derecho más de su metodología. Debido a que en parte vengo a la filosofía del derecho por un (feliz) accidente, así como de la perspectiva de las simpatías ampliamente “naturalistas” en la filosofía, he tratado de forzar a los filósofos del derecho a ser autoconscientes acerca de su método de “sillón”, y, en particular, acerca de los costos de resolver problemas sobre la naturaleza de X —sean sobre el derecho o sobre algo más— mediante la referencia a juicios intuitivos de un grupo de encuestados no selectivos. En la mayor parte de las áreas de la filosofía, esta preocupación ha venido al foro en décadas recientes, aunque no en la filosofía del derecho, quizás debido a la red inusualmente insular de jurisprudentes que han venido a ser tenidos en cuenta. Puedo no estar en lo cierto acerca de la consecuencia del escepticismo acerca de la metodología de la filosofía del derecho, pero espero que su inocencia metodológica ahora sea una cosa del pasado.

3. ¿Cuáles son los temas más importantes de la filosofía del derecho, y por qué son temas distintivos de ésta y no de cualquier otra disciplina?

Los que *han* sido los asuntos más importantes en la teoría del derecho durante los últimos cincuenta años o más —es decir, lo que demarca a las normas jurídicas de otras normas comunes en las sociedades humanas— fue tratado con gran poder por H. L. A. Hart (quien se basó en Kelsen, pero lo enmendó de forma correcta) y su entonces estudiante Joseph Raz. El positivismo es claramente la posición *default* con respecto al problema de la demarcación, incluso para los iusnaturalistas más serios, como John Finnis. La razón por la cual este es un problema distintivo de la filosofía del derecho es bastante obvia.

Existen otros problemas que son denominados de “jurisprudencia específica”—es decir, las investigaciones de los fundamentos filosóficos de las diferentes áreas sustantivas (por ejemplo, derecho penal, responsabilidad extracontractual y contratos)—que también parecen ser problemas distintivos de la filosofía del derecho. Debo confesar que estos tópicos distintivos siempre me han parecido bastante extraños, dado que involucran intentos de proporcionar ra-

cionalizaciones conceptuales de cuerpos de doctrina que surgen en largos periodos de tiempo y en respuesta a intereses económicos y políticos difusos. Sería extraordinario si estas teorías tuvieran alguna coherencia conceptual y, por supuesto, resulta que no la tienen. No obstante, en la medida en que la jurisprudencia especial se conecte con los esfuerzos de reforma del derecho, sin duda tiene sentido.

Más allá de estas dos rúbricas de jurisprudencias general y especial, no creo que existan problemas “distintivos” de filosofía jurídica ni pienso que los problemas distintivos ahora sean los más interesantes. El derecho tiene tantas similitudes con otros sistemas de guía normativa de la conducta, tanto en su carácter teórico (por ejemplo, en pretender proporcionar razones para la acción e imponer obligaciones; en su dependencia en patrones conocidos de razón práctica; en su dependencia de conceptos como responsabilidad, culpa y reproche, y en su dedicación a cuestiones sobre prueba y verdad) y su contexto institucional (por ejemplo, en utilizar coerción organizada y jerarquías de funcionarios para la toma de decisiones oficiales) que sería pasmoso que la reflexión filosófica no se intersecte a múltiples niveles con preguntas de filosofía moral y política, semántica, metafísica, epistemología y teoría de las decisiones. Más allá de eso, por supuesto, el giro naturalista en la filosofía —el reconocimiento de la medida en la cual los problemas filosóficos se generan de hechos empíricos en las ciencias— significa que también deberíamos esperar que las características teóricas e institucionales aparentemente distintivas de los sistemas jurídicos de guía normativa y control de la conducta también caigan dentro del ámbito de la investigación psicológica y sociológica. La especialización intelectual, una consecuencia del surgimiento y proliferación de las universidades de investigación, especialmente en las sociedades capitalistas avanzadas, significa que es más probable que existan incentivos institucionales para estudiantes y teóricos del problema de la demarcación y su progenie por muchos años más. Pero este desarrollo económicamente generado también puede crear condiciones bajo las cuales los problemas “distintivos” de la filosofía del derecho parecerán anticuados.

4. ¿Cuál es la relación entre la filosofía del derecho y la práctica jurídica? ¿Los filósofos del derecho deberían preocuparse más acerca del efecto de sus enseñanzas en la práctica jurídica?

La mayor parte de la investigación filosófica se dirige hacia la verdad y el entendimiento, no hacia tener efectos en la práctica, no es obvio que la filosofía del derecho deba ser diferente. Incluso, si alguien acoge un dictado marxiano acerca de la filosofía, en el sentido de que todas las preguntas que no afectan la práctica son simplemente “escolásticas” —lo cual pondría afortunadamente, por ejemplo, a toda la metafísica de sillón en la cesta de la basura— no veo ninguna razón por la cual la filosofía del derecho tenga una carga especial en esta materia. La filosofía moral es casi totalmente irrelevante para como las personas conducen sus vidas, y la filosofía de la ciencia no tiene ningún efecto en la práctica científica (en realidad, la mayor parte de los científicos tienen una notoria indiferencia y prevención hacia la reflexión filosófica de sus asuntos). Si la filosofía del derecho es la única de las ramas de la filosofía que se supone debe afectar la práctica sobre la cual filosofa, entonces una razón especial debe presentarse. Ahora, puede decirse que, al menos en los Estados Unidos, las escuelas de derecho a menudo apoyan el estudio de la filosofía del derecho y, dada su misión, están legitimadas para esperar que la filosofía del derecho afecte la práctica jurídica. La comparación con las escuelas de medicina es instructiva, ya que una rama de la filosofía que ellas a menudo apoyan, concretamente la bioética, es ofrecida precisamente por su pretendida relevancia para la práctica clínica. Así que aquí, puede parecer, está una razón institucional para que la filosofía del derecho, al menos en tanto las facultades profesionales apoyen su estudio, deba afectar la práctica.

Pero esta observación simplemente nos fuerza a aclarar qué significa “afectar la práctica”. La mayor parte de la academia en los Estados Unidos —desde la jurisprudencia al análisis económico pasando por la teoría constitucional—, de hecho, no afecta la práctica en el sentido de influenciar directamente cómo los abogados asesoran a sus clientes, o cómo las cortes deciden los casos, o como las legislativos diseñan las leyes. Otra forma, no obstante, de afectar la práctica es, por supuesto, afectar la mentalidad, la perspectiva, o el

repertorio intelectual de los practicantes. Aquí, la filosofía del derecho ofrece tanto, sino más, que la mayoría de las otras ramas de la academia moderna. En realidad, dado su énfasis tradicional en la claridad, rigor analítico y en hacer explícitas presuposiciones conceptuales y normativas, la filosofía del derecho está —al menos en mi experiencia— entre las ofertas más “prácticas” en el currículo (un estudiante de la teoría constitucional contemporánea de los Estados Unidos, por ejemplo, no se irá pensando que ella enseña rigor analítico o argumentativo). Ciertamente, cuando el campo de la jurisprudencia es construido naturalísticamente —de modo que, por ejemplo, las afirmaciones realistas sobre lo que las cortes *realmente* hacen sean un tema central de investigación— entonces es claro el beneficio práctico para los abogados en entrenamiento.

5. ¿A qué problema, tema o rama de la filosofía del derecho le gustaría que se le prestara más atención en el futuro?

Me parece que según su estado actual, la jurisprudencia general es un campo ligeramente moribundo. Parcialmente, esto es porque Hart y Raz ofrecieron respuestas plausibles, dadas sus herramientas metodológicas, a algunos de los problemas principales (como fue discutido anteriormente), y parcialmente porque Ronald Dworkin ha desfigurado la investigación intelectual honesta en el campo a través de sus repetidas malas representaciones de las tesis de los positivistas jurídicos, y su promulgación infinita de distinciones y categorías confusas (y a menudo sin sentido), con poca consideración sobre cómo se ubican en los debates existentes, o en las posiciones en esos debates (existe algún trabajo por hacerse para aclarar los escombros de las intervenciones de Dworkin, aunque imagino que dentro de los próximos diez o veinte años se hará —pero limpiar escombros no es lo mismo que avanzar la comprensión—). Aún así, la jurisprudencia general, dentro del poderoso marco que nos fue legado por Hart y Raz, presenta algunos tópicos que demandan mayor escrutinio; por ejemplo, acerca de la naturaleza de las reglas y la fuerza normativa y el estatus de las reglas convencionales. Hart nos enseñó que no se puede explicar el fenómeno social del derecho sin recurrir a la idea de “regla”; quizás, deberíamos tratar a las “reglas” como explicativamente

primitivas, pero aún es muy pronto para llegar a esa conclusión. Los teóricos iusnaturalistas siempre han ejercido presión sobre la idea de la “obligación jurídica” como una categoría distinta de la obligación moral, y el mismo Hart, como aprendimos de la biografía de Nicola Lacey, no estaba tranquilo sobre cómo entender la segunda. Aunque tenemos una noción de obligaciones convencionales —aquejlos que juegan ajedrez tienen una obligación de mover los alfiles diagonalmente— no tenemos una explicación satisfactoria de las obligaciones convencionales o si ellas son explicativamente adecuadas para la noción de la obligación en el derecho.

Por fuera de la jurisprudencia general, dentro de la tradición establecida por Hart y Raz —o quizá, suplementando la tradición— existen una variedad de temas y problemas que merecen atención. Sin ningún orden particular, existen pocos que merecen más atención académica:

1) El realismo escandinavo merece una reconsideración simpática, entre las líneas que he intentado hacer desde su (¡distante!) primo estadounidense. Es cierto que los escandinavos sufrieron del vicio de estar motivados casi exclusivamente por las doctrinas del positivismo lógico en semántica, epistemología y ontología, doctrinas que están en gran medida moribundas (por buenas razones) en filosofía. Aun así, la concepción naturalista general del mundo que animó sus escritos teóricos *no* está moribunda y la pregunta de cómo acomodar normas dentro de tal visión del mundo sigue viva. ¿Quizá los escandinavos todavía tienen algo que enseñarnos? Ciertamente, no han recibido un escrutinio simpático dentro de la jurisprudencia anglófona.

2) El surgimiento de la “filosofía experimental” —que integra los métodos de la psicología empírica dentro de la investigación filosófica— debe cambiar la práctica de la filosofía jurídica. Las afirmaciones oxonienses acerca de las intuiciones ordinarias acerca del concepto de derecho, autoridad y obligación deben exponerse para responder la evidencia empírica acerca de esas intuiciones. Y en la medida en que esas intuiciones varían a lo largo de dimensiones demográficas —por ejemplo, etnicidad, clase, nacionalidad, tal vez incluso género— la jurisprudencia general tendría que asumir una reflexión metafilosófica a la cual no está acostumbrada.

Puede resultar que, obviamente, estaban en lo correcto las intuiciones de Hart acerca de lo que la persona ordinaria sabe acerca del sistema jurídico municipal. Pero si las intuiciones acerca de los conceptos que se relacionan con el derecho —como los conceptos que pertenecen a la justificación epistémica o a la ilicitud moral— son hostiles a variables económicas y sociales, entonces la filosofía del derecho tendrá que explicar por qué sus resultados *importan*. Estos asuntos están íntimamente conectados a la pregunta general de si el concepto de derecho es un concepto hermenéutico; es decir, uno cuya extensión está fijada por como las personas lo usan para dar sentido de ellos mismos y sus prácticas. Si el concepto de derecho es, como Hart y Raz parecen pensar, un concepto hermenéutico, y si resulta que es sensible a variables económicas y sociales, entonces la jurisprudencia general terminará siendo una clase de jurisprudencia *particular* —aunque de un modo muy distinto a la forma en que Hart, correctamente, diagnosticó la teoría de Dworkin como un ejemplo de teoría particular—. Pero este espectro sólo se avecina sobre la jurisprudencia general como es practicada actualmente por su dependencia a un método —análisis de la extensión de los conceptos mediante referencia a intuiciones acerca de casos posibles—, que puede ser inapto para su materia. Las teorías sociocientíficas del derecho en su estado actual no son epistémicamente robustas o impresionantes en sus resultados, pero ¿quizá el principio metafísico y epistemológico de que solamente lo causalmente eficaz es real y conocible debe todavía triunfar sobre la comprensión hermenéutica del concepto del derecho? Esto demandará en que la jurisprudencia general se comprometa con asuntos más amplios en la filosofía natural y de las ciencias sociales en mayor medida que hasta ahora.

3) “El deber implica poder” es una restricción plausible en teorización por igual en la ética y en la epistemología, pero merece más consideración de la que ha recibido a la fecha en la jurisprudencia general, especialmente la teoría de la adjudicación. Jerome Frank, el más extremo y a menudo el menos sensible de los realistas jurídicos norteamericanos, afirmó que sólo podemos entender cómo piensan los jueces entendiendo lo que él entendía era un hecho psicológico bruto acerca de las tomas de decisiones humanas; es decir, que comienzan con coronadas acerca de las consecuencias y luego van

retrocediendo hacia las razones. Aunque nuestra comprensión de la psicología de las decisiones y el razonamiento se ha incrementado sustancialmente desde la época de Frank, no juega ningún papel en las teorías mejor conocidas de la adjudicación y el razonamiento jurídico. Estaría bien, si estuviéramos dispuestos a renunciar al “deber implica poder”, pero no de otra forma. Obviamente, habrá motivaciones políticas para resistir esta incursión de la psicología en la teoría de la adjudicación, dado el mito popular de la autonomía del razonamiento jurídico y el “gobierno de las leyes, no de los hombres”. Pero las consideraciones políticas cínicas no son una excusa para los académicos, así que la jurisprudencia tendrá que responder a la psicología si merece ser tomada en serio en las décadas que siguen.

4) La filosofía del derecho de los últimos cien años siempre ha sido una beneficiaria (o víctima) de los desarrollos filosóficos generales. El realismo jurídico escandinavo fue el siervo del positivismo lógico, la teoría de Kelsen tenía la impronta del neokantianismo alemán sobre ella, y Hart trajo a la filosofía del lenguaje ordinario de J. L. Austin (y algún wittgensteinismo suave) a la filosofía del derecho en los cincuenta y sesenta. La revolución naturalista de finales del siglo XX en la filosofía anglosajona está teniendo alguna incursión en la filosofía, pero los problemas más significativos del futuro sin duda se forjarán en la herrería de los desarrollos filosóficos más generales. Cuando pienso en los gigantes creativos intelectuales que más han contribuido a la teorización acerca de los sistemas de poder normativo durante más de doscientos años, tres resaltan por su profundidad: Marx, Nietzsche y Freud. He defendido su continua importancia como parte del giro naturalista general de la teoría normativa, uno que debería abarcar a la teoría jurídica también. Esto significa que los filósofos jurídicos deben estar pensando acerca de la psicología de la moralidad y la agencia, el papel de los intereses económicos tanto en el derecho sustantivo como en su articulación teórica, las restricciones que la naturaleza humana impone en el derecho y la regulación jurídica, y quizás, de forma más importante, lo que la pretensión fundamental de que los seres humanos tienen una conducta racional íntimamente unida a su igualmente fundamental irracionalidad significa para todos los sistemas de gobierno normativo, jurídico o otros.