

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

Para muchas personas, la jurisprudencia es una de las áreas más desoladoras de la filosofía. Alguien tiene que hacerlo, lo admiten, pero felizmente no ellos. Por supuesto, yo no comparto dicho sentimiento, pero lo entiendo. El derecho es una práctica técnica, y muchos de los problemas teoréticos que de él surgen son innegablemente áridos, aun para los estándares normales de la filosofía analítica. También puede ser cierto que algunos de los filósofos del derecho tenemos una tendencia de exprimir al máximo nuestro objeto de estudio; la mayoría de nosotros pretendemos no dejar inadvertido incluso el tema más insignificante. Y por supuesto, el nombre “jurisprudencia” tampoco ayuda. Aún así, me he encontrado siempre sumergido en la materia desde el momento en que la descubrí, y me ha mantenido cautivado desde entonces. Creo que tal fascinación refleja el intrínseco interés del campo; aunque no siempre se dirijan en la manera más sutil o accesible, las cuestiones que el filósofo del derecho confronta —acerca de la naturaleza del derecho, cómo interpretar textos jurídicos, si la autoridad puede llegar a ser legítima, y si puede, bajo qué circunstancias— son claramente tan centrales como difíciles. Mi atracción inicial, sin embargo, por la jurisprudencia probablemente tiene mucho que ver con mis antecedentes. Pienso que el derecho reflejó ciertos aspectos desconcertantes de mi educación y que la filosofía jurídica me ofreció, entre otras cosas, una manera de que ellos tuvieran sentido.

Aunque no crecí en un hogar religioso, asistí a un *yeshivá* judío ortodoxo desde la educación primaria hasta terminar la secundaria. En aquel tiempo, vivía en Paterson, Nueva Jersey, una agonizante ciudad industrial con un precario sistema de educación pública, y mis padres sintieron que el *yeshivá* era la mejor opción. Mis maestros eran rabinos profundamente ortodoxos (o sus esposas), y la mitad del plan de estudios se enfocaba en la ley y en la literatura

* Yale Law School. scott.shapiro@yale.edu Publicado originalmente en inglés en Morton, E. y Nielsen J. (ed.), *Legal Philosophy: Five Questions* (Automatic Press, 2007).

judías. Como el Talmud era considerado la cumbre de la enseñanza hebrea, nosotros comenzamos a estudiarlo del quinto grado en adelante y pasamos varias horas estudiando los antiguos textos babilonios. Se me enseñó que yo era bastante afortunado de haber nacido judío, puesto que a pesar de haber soportado miles de años de persecución, nosotros al menos teníamos la ley. De acuerdo con mis maestros, la ley es el regalo más valioso que Dios ha hecho a la humanidad, y nuestra más grande obligación es aprenderla.

La ley hebrea tiene muchas reglas, y yo pasé una impresionante parte de mi juventud estudiándolas. Hay reglas acerca de lo que a uno le está permitido comer, cuál debe ser el largo de las mangas de la blusa de una mujer, cuánto está permitido cobrar de interés a un compañero judío, qué bendición uno debe decir al ver un arcoíris, cómo uno debería ponerse los zapatos (respuesta: zapato izquierdo primero, después el derecho, después amarrarse el izquierdo y luego el derecho), cómo cortar el papel higiénico durante el Sabbat si no se tiene otro recurso (respuesta: no por la línea de corte), y similares. Se me enseñó que si una regla requiere que alguien ejecute o no cierta acción, entonces ése era el fin de la historia. Estás obligado a escucharla. Una regla es... una regla. En consecuencia, si una acción es permitida por una regla, entonces uno es libre de ejecutarla. Esto es así independientemente de si la acción permitida parece ser tan mala como la acción prohibida. Uno de mis ejemplos favoritos sobre este fenómeno es la regla que requiere que las mujeres casadas deban cubrirse el cabello —bajo el raciocinio de que el cabello es sexualmente incitante—. Muchas autoridades rabínicas han interpretado esta regla para permitir a las mujeres utilizar pelucas hechas de cabello de otras mujeres. El punto de las pelucas hechas de cabellera humana, por supuesto, es esconder el hecho de que se está utilizando una peluca y, dados los avances de la tecnología en pelucas, frecuentemente es imposible distinguir si una mujer casada ortodoxa está utilizando una o no. Como mi abuela diría, “*Oy Gevalt!*¹”

¹ Expresión en lengua yidis con una connotación parcialmente de exclamación y parcialmente de lamento.

El mismo respeto celoso a las reglas era predicado en mi casa, aunque las reglas no fueran las de Dios. Mi padre quería que todo en la casa fuera de cierto modo —su trabajo era ingeniero de control de calidad (suficiente decir) — y él creaba muchas reglas con el fin de hacer realidad su visión del hogar perfecto. Mi regla favorita tenía que ver con desechar cubos de hielo. Si bebías algo con azúcar, debías tirar los hielos que tuvieron contacto con ese líquido en el lavabo derecho. ¿La razón? Porque ese lavabo no tenía triturador de basura, y mi padre juraba que el azúcar tenía un efecto corrosivo en el engranaje. Una y otra vez, me encontré en el lado erróneo de este mandato, habiendo distraídamente vaciado las últimas gotas de un jugo de naranja en el lavabo equivocado. En aquel momento, yo no pensaba que estas reglas tuvieran sentido, pero la perspectiva de mi padre era que yo tenía que seguir sus reglas, porque él era mi padre y, después de todo, reglas son reglas.

Al crecer, entonces, fui rodeado por una mentalidad a la cual denominé en mi disertación “pensamiento-regla” [*rule-think*]. Así es como describí tal punto de vista en aquel entonces:

Alguien involucrado en el “pensamiento-regla” siempre busca, en primera instancia, una regla con el fin de determinar si una acción dada es justificable. El “pensador en reglas” no considera si el acto es justificable en virtud de sus consecuencias, ni se pregunta si es intrínsecamente bueno o malo. Cuando una regla prohíbe una acción, tal acto es considerado injustificable. Pero si se puede encontrar una regla que la permita, repentinamente se torna aceptable. En la curiosa lógica del “pensamiento-regla”, el mero hecho de que una regla gobierne en cualquier caso es de suprema importancia.

A menudo, las personas se ven tontas cuando se encuadran en el “pensamiento-regla”. Ellas no parecen preocuparse por las cuestiones que parecen más relevantes a aquellos que no se encuentran impregnados en su cultura, es decir, no se preguntan si el público se encontraría mejor si a los otros se le permitiera comprometerse con la actividad en consideración. Los pensadores en reglas discuten acerca de si la regla A, B o C rige mejor en el caso dado. Ellos examinan códigos legales, regulaciones administrativas y opiniones judiciales buscando una “laguna” que justifique el comportamiento que quieren justificar. Y todos ellos coinciden en que una acción es justificada, aun cuando sea absurda, si se puede producir una regla que creíblemente sancione tal acción.

Esta descripción del “pensamiento-regla” en el derecho puede también ser una descripción de mi infancia. Cuando me pregunté sobre la racionalidad de ser guiado por reglas jurídicas, en cierto sentido estaba indagando sobre la racionalidad de mis maestros y de mis padres. ¿Es el pensamiento-regla una forma adecuada de conducir nuestras vidas o ello representa un retroceso hacia una forma de vida más primitiva e irracional? ¿Cómo puede la ley judía ser el supremo regalo de Dios si ella permite a las mujeres utilizar pelucas hechas de cabello femenino y al mismo tiempo considerar el mismo cabello sexualmente incitante? Y, ¿el azúcar realmente puede descomponer un triturador de basura?

Esto no significa por supuesto que mi interés en la jurisprudencia se limite a estas situaciones de mi infancia, o que no existan demasiadas buenas razones intelectuales para estudiar jurisprudencia que no tengan nada que ver con superar una crianza dominada por reglas, ya sea religiosa o no. Es simplemente una forma de decir que mi propia experiencia con las reglas explica el porqué las cuestiones jurisprudenciales resonaron en mí tan fuerte e inmediatamente.

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

La pregunta presupone que yo he hecho una contribución a la filosofía jurídica, definitivamente una premisa inestable. He trabajado en diferentes temas desde que me gradué en 1996; el problema del pensamiento-regla ha sido una preocupación particularmente importante, aunque de ningún modo exclusiva. Pero honestamente, no puedo decir que sienta que he resuelto estos problemas para mi satisfacción (o la de nadie más).

Como muchos académicos, tiendo a sentir que el trabajo terminado es desesperanzadoramente inadecuado, mientras que cualquier obra en progreso raya en el borde de la brillantez. Así que, manteniendo con esta ocurrencia (posiblemente ocupacional), me gustaría ser recordado por la teoría en la que actualmente estoy trabajando, la cual no tengo duda, revolucionará el campo de estudio. Pero antes de que brevemente describa esta teoría —la cual llamo “Teoría de la planificación del derecho”— tal vez sería de ayuda de-

cir algunas cuantas palabras acerca de mi orientación jurisprudencial en general y por qué pienso que necesitamos una nueva explicación del derecho.

Hasta donde recuerdo, he sido confirmado como un testarudo y (para robar una frase de Peter Railton) completamente maniaco positivista jurídico. Desde mi punto de vista, moralidad y derecho son gobernadas por reglas de fundamento muy distinto. En la moralidad, la única manera de establecer la existencia de sus reglas es adoptando un argumento moral. Nunca es suficiente decir simplemente “esto es lo que hacemos por aquí”. Las convenciones posiblemente sean relevantes, por supuesto, pero si esto es así, es por el hecho de que algunas reglas morales requieren que las convenciones tengan relevancia en tales circunstancias. En el derecho, en contraste, las reglas deben pasar un sistema específico de pruebas para su validez jurídica, criterios que no pueden ser descubiertos a través de la indagación moral. Uno debe primero conocer lo que ciertos miembros de la comunidad jurídica piensan, entienden, afirman y hacen, y sólo basados en esta apreciación sociológica, uno puede suponer cómo es que se ha de actuar jurídicamente. Simplemente es irrelevante advertir que estas pruebas de validez no son moralmente adecuadas. Valioso o no, el derecho es simplemente lo que hacemos por aquí.

Como muchos otros positivistas jurídicos, me he sumergido en esta imagen del derecho por una simple razón: me parece una verdad evidente acerca de la naturaleza del derecho que los regímenes que son moralmente ilegítimos pueden tener derecho. Digo esto, porque es fácil para mí imaginar sistemas jurídicos que sean malvados. De hecho, la historia de la humanidad es un cuento triste de dichos sistemas. El siglo pasado provee una lista larga de regímenes perversos que tenían derecho: la Unión Soviética, el Tercer Reich, los Jemeres Rojos, el Talibán, los Baathists iraquíes, la Junta birmana, etcétera. Si el concepto de derecho requiriera de pruebas de carácter moral para su validez, entonces parecería que ninguno de estos sistemas hubiera tenido derecho. A mi parecer, los nazis tenían derecho, y lo que hacía a los nazis tan peligrosos era precisamente que lo tenían.

Aunque pienso que una buena razón para ser positivista es el admitir la existencia de sistemas jurídicos injustos, sería insatisfactorio

que esta fuera la única razón. Para empezar, no todos coinciden con estas intuiciones. Algunos niegan que los nazis, los soviéticos, el talibán, etcétera, hayan tenido derecho —ellos aseveran que a lo mucho estos regímenes tenían un sistema que “parecía” derecho—. Ahora bien, yo encuentro estas reacciones idiosincráticas, pero el hecho de que mucha gente a la que yo respeto concuerde con ellas, significa que no las puedo descartar. Si la teoría jurídica ha de ser interesante, no puede reducirse a ser un juego de “él intuye-ella intuye”.

En segundo lugar, y más importante, es común al iusnaturalista conceder el hecho de que a veces atribuimos derecho a regímenes perversos, pero esta atribución representa un error de nuestra parte. Ellos pueden aseverar, en otras palabras, que nuestro entendimiento del concepto de derecho es imperfecto y que el papel de la filosofía es corregir dicha confusión. Una manera en la que el iuspositivista puede rebatir tal respuesta, entonces, es dejar de confiar en una simple intuición y, en cambio, proveer bases teóricas más robustas para pensar que en últimas el derecho descansa en la sociedad y no en hechos morales.

En mi opinión, los iuspositivistas han fallado en proveer tal explicación. Por ejemplo, considere la teoría de H. L. A. Hart en *El concepto de derecho*. Como es bien sabido, Hart pensaba que todos los sistemas jurídicos se apoyan en una regla social, la cual llamó “regla de reconocimiento”. Ésta es una regla social practicada por funcionarios jurídicos que establece las pruebas de validez del sistema jurídico.

Hart sostenía que la regla de reconocimiento sólo puede ser generada por la práctica social puesto que las reglas *son* prácticas. Cuando los hombres se quitan el sombrero en la iglesia es porque han creado un patrón de comportamiento como estándar de conducta, la conducta en sí misma es una regla. Igualmente, la práctica de los funcionarios jurídicos de deferir a ciertas fuentes de normas genera la regla de reconocimiento, pues ésta es nada menos que la práctica de reconocimiento. El positivismo de Hart, por lo tanto, se fundamenta en su teoría de las reglas sociales: el derecho en últimas se basa en la práctica social puesto que descansa en una regla social, y una regla social no es más que una práctica social.

Con todo el debido respeto a Hart, dicha consideración parece cometer un error categorial. Las reglas *son* objetos abstractos. Son

como los juegos, los números, los trazos, las proposiciones y los conceptos —son objetos del pensamiento, no entidades que existen en un espacio y tiempo—. Por otro lado, las prácticas son hechos concretos; tienen lugar en un mundo natural, y causalmente actúan con otros hechos físicos. Las reglas sociales no pueden ser prácticas sociales, puesto que ocupan categorías ontológicas diferentes.

Sorprendentemente, ni siquiera Joseph Raz, sin duda el más importante positivista jurídico vivo, ha creado un argumento con objeto de demostrar que en últimas el derecho descansa en hechos sociales. Por supuesto, Raz ha desarrollado un argumento increíblemente interesante e influyente que intenta probar que las pruebas de validez jurídica deben referirse sólo a fuentes sociales para las normas, nunca a sus propiedades morales (el famoso “argumento de la autoridad” para la “tesis de las fuentes”). Como sea, este argumento no prueba, ni pretende probar, que las pruebas de validez que establecen las fuentes de derecho deban por sí mismas tener una fuente social. No demuestra en el fondo que el derecho es simplemente lo que hacemos por aquí.

En mi último trabajo he tratado de ofrecer tal argumento.² Mi estrategia es demostrar que existe otra esfera normativa en la cual es aplicable el mismo fundamento de reglas, a saber: la esfera de la *planificación*. Sostengo que el modo adecuado de determinar la existencia de planes es señalar el hecho de su adopción. El que tenga un plan para ir a la tienda hoy depende de si he adoptado tal y si aún no lo he rechazado. Igualmente, el que tengamos un plan para pintar la casa depende de si hemos aceptado dicho plan y no lo hemos repudiado. En lo que concierne a su existencia como planes, es simplemente irrelevante señalar si los planes en cuestión son buenos planes a seguir. Estos planes existen sólo si los hemos hecho nuestros.

Quiero ser claro aquí en el hecho de que no estoy ofreciendo una simple analogía —estoy trazando una implicación—. Las condiciones existentes para el derecho son las mismas que para los planes, puesto que las reglas fundamentales de un sistema jurídico son planes. Su función es estructurar la actividad jurídica de manera que

² Shapiro, S., *Legality*, Cambridge, Harvard University Press, 2011 [traducido como *Legalidad*, Madrid, Marcial Pons, 2014].

los participantes puedan trabajar juntos, y de ese modo conseguir los objetivos políticos de la práctica. Como resultado, el que alguien tenga autoridad jurídica en un determinado sistema depende de si los funcionarios planean deferir a esa persona en las circunstancias relevantes y no en si moralmente deban hacerlo.

La imagen del derecho que emerge es una en la cual la creación y persistencia de las reglas jurídicas fundamentales se basan en la habilidad que los grupos posean para formular y adoptar planes. Dicho poder no nos es conferido por la moralidad. Más bien, tenemos la capacidad de crear planes por nosotros mismos por, como lo ha enfatizado Michael Bratman en su innovador trabajo sobre la intención y la acción, los seres humanos tienen un particular tipo de psicología; esto es, son criaturas *planificadoras*. No sólo tenemos deseos de alcanzar fines complejos, sino que también tenemos la habilidad de establecernos dichas metas, organizar la conducta en el tiempo y alcanzar nuestros propósitos entre todos. Que el derecho se funde en planes explica en gran medida cómo los grupos son capaces de lograr los fines inmensamente complejos y sofisticados que ellos ejecutan de forma característica, por ejemplo, mantener el orden, redistribuir la riqueza, proteger los derechos de al menos algunas partes, proveer servicios para la regulación privada, resolver disputas, y otras.

Entonces, en mi opinión, la filosofía del derecho puede fácilmente ser vista como una forma de filosofía aplicada de la acción. Para entender el derecho, debemos entender nuestra singular psicología y las complejas formas de operación que permite. Afortunadamente, en años recientes, filósofos de la acción, como Bratman, han hecho importantes avances en el desarrollo de una rica teoría de la planeación. Ahora tenemos un buen entendimiento del proceso de planeación, la estructura de los planes, la motivación para crear planes y las limitaciones racionales que ocupan a dicha actividad. Los filósofos del derecho tienen a su disposición un conjunto de nuevas herramientas para analizar las instituciones y actividades jurídicas.

En efecto, no es necesario aceptar mi teoría de la planeación para ver una estrecha conexión entre la filosofía del derecho y la filosofía

de la acción. Después de todo, el derecho no sólo regula la actividad humana, sino que es el resultado de la actividad humana. Si queremos entender la naturaleza de la actividad jurídica, entonces, debemos ver hacia la rama de la filosofía a la que le concierne la organización individual y compartida.

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?

Tradicionalmente, la filosofía del derecho se ha dividido en dos: analítica y normativa. La filosofía del derecho normativa trata los fundamentos morales del derecho, y puede a la vez dividirse en dos ramas. La rama positiva de la filosofía normativa del derecho busca describir los fundamentos morales del derecho existente. Se pregunta, por ejemplo, ¿por qué nuestro derecho penal castiga a los criminales? ¿Es para disuadir a los demás de no cometer crímenes o para rehabilitar a los delincuentes? ¿Castigamos para inhabilitar a los agresores por un tiempo o para que obtengan su justo merecido? Al teórico positivo también le interesa el porqué el derecho hace responder a las partes cuando realizan ciertos contratos ¿es porque lo prometieron? ¿O es porque la eficiencia económica exige que se haga responsable a la gente de sus obligaciones?, etcétera.

La segunda rama de la filosofía normativa del derecho —llámemosla *reformista*— se hace otras preguntas. En vez de tratar de describir los fundamentos morales presentes del derecho vigente, se pregunta qué, desde un punto de vista moral, debería de ser el derecho vigente. Sin importarle por qué nuestro derecho penal castiga, se pregunta, ¿deben castigarse los criminales?, ¿es la propiedad un robo?, ¿debería el aborto ser legal?, ¿tienen las personas el derecho moral a decidir cuándo morir?, ¿existe una obligación de obedecer el derecho?

A la filosofía jurídica analítica, en contraste, le concierne el análisis filosófico del derecho, y también se compone de dos ramas. La primera busca analizar conceptos jurídicos fundamentales, tales como “responsabilidad”, “regla”, “autoridad”, “obligación”, “validez”, “causa”, “propiedad”, “acción”, “crimen”, y similares. Se pregunta,

por ejemplo, si el concepto jurídico de causa es similar a nuestro concepto ordinario, si todo derecho jurídico implica un remedio jurídico, si la propiedad se entiende como un conjunto de derechos, etcétera. Es cierto que la línea entre esta rama de la filosofía jurídica analítica y la positiva en su rama normativa no es siempre tan clara ¿es posible, por ejemplo, entender el concepto de daño (*tort*), y cómo se diferencia del de crimen, sin entender por qué hacemos responsables a las personas de los agravios que cometen? En estos casos, al menos, parecería que no se podría hacer filosofía jurídica analítica sin también ocuparse de la normativa.

La segunda rama de la filosofía jurídica analítica busca analizar la naturaleza del derecho y de los sistemas jurídicos. En una formulación tradicional, se pregunta: ¿qué es el derecho? Puesto que mi último trabajo se ha concentrado en esta pregunta, así como es el centro de tanta atención filosófica en muchos siglos anteriores, me gustaría tomar un momento para ocuparme de ella. Como sugeriré, los filósofos no han sido del todo claros acerca de lo que se refieren con la pregunta “¿qué es derecho?” Una vez que tengamos claridad sobre la pregunta, podremos tener una mejor noción acerca del porqué los filósofos del derecho la han hecho y deben seguir haciéndola.

Los filósofos del derecho comúnmente dicen que la pregunta “¿qué es el derecho?” concierne a la naturaleza del derecho. “Qué es el derecho”, entonces, es una abreviatura para “¿cuál es la naturaleza del derecho?” Pero ¿qué está preguntando este último interrogante?, ¿qué significa el preguntar acerca de la naturaleza de algo?

Aquí es importante distinguir entre dos posibilidades. Una posibilidad es que cuando preguntamos por la naturaleza de algo, preguntamos por la *identidad* de la cosa, es decir, lo que es ser tal cosa. Por ejemplo, los filósofos que estudian epistemología indagan sobre la naturaleza del conocimiento. Preguntarse “¿qué es el conocimiento?” —donde la cuestión es entendida como la búsqueda por la identidad del conocimiento— es preguntarse qué del conocimiento lo hace *conocimiento* y no otra cosa.

En general, preguntarse por la naturaleza de X es preguntarse qué hay en X que lo hace X, y no Y o Z, o cualquier otra cosa. Llamo a esto la “pregunta de la identidad”. Una respuesta correcta a la pregunta de identidad debe proporcionar el conjunto de propiedades (posi-

bles o reales) que hacen a los casos de X ser lo que son. Tomando otro ejemplo, la identidad del agua es H_2O , porque el agua es solo H_2O , al ser H_2O lo que hace al agua, *agua*. Respecto del derecho, entonces, la respuesta a la cuestión ¿qué es el derecho? —entendida como la búsqueda de la identidad del derecho— es descubrir lo que hace a todos y sólo a los casos del derecho ser *casos del derecho*, y no otra cosa. Es preguntarse por su esencia, o por las propiedades de su esencia.

Otra posibilidad es que cuando indagamos en la naturaleza de una entidad, nos interese algo que no es su identidad. No estamos tan interesados en lo que hace al objeto lo que es, sino más bien lo que *necesariamente sigue* del hecho de que es lo que es y no otra cosa. Yo llamo a esto “pregunta de la implicación”. Es preguntarse por las propiedades necesarias, no esenciales, de las cosas.

Para ilustrar cómo estas preguntas son diferentes, consideremos el número 3. Lo que hace que el número 3 sea el número 3 es que sigue después del 2. La identidad del número 3, entonces, es ser el sucesor del 2. Naturalmente, sin embargo, cuando los matemáticos estudian el número 3, ellos se interesan en más cosas que su identidad. Los matemáticos quieren saber todo sobre sus propiedades matemáticas. En otras palabras, quieren saber lo que sigue del hecho de que cierto número sea el número 3 y no otro número. Para usar sólo un descubrimiento trivial, los matemáticos han encontrado que el número 3 es un número primo. Mientras que ser un número primo no es parte de la identidad del número 3 (ser sucesor del número 2 lo es), aun así podríamos decir que es parte de la naturaleza del 3, puesto que ser el número 3, necesariamente implica ser primo. Puesto de otra manera, ser primo es parte de la naturaleza del 3, puesto que si un número no es primo, entonces es imposible que sea el 3.

Así que cuando preguntamos “¿qué es el derecho?” puede ser que preguntemos acerca de la identidad del derecho —lo que hace al derecho el derecho— o las implicaciones de algo que es derecho —es decir, lo que necesariamente sigue del hecho de que algo sea derecho y no otra cosa—.

Es muy sencillo confundir ambas cuestiones. Consideremos la célebre “tesis de la separación”, usualmente formulada como la afirma-

ción según la cual “no hay una conexión necesaria entre el derecho y la moral”. La tradición nos dice que los positivistas jurídicos aceptan la tesis de la separación, mientras que los iusnaturalistas la niegan. Recientemente, algunos filósofos han cuestionado si la tesis de la separación es un problema entre ambas escuelas de pensamiento. Por ejemplo, Joseph Raz ha argumentado que no hay un positivista jurídico que pueda plausiblemente negar la relación entre derecho y moral. Como apunta Raz, ciertamente el orden social que el derecho origina es moralmente deseable, lo cual nos da a entender que todos los sistemas jurídicos traen consigo algunos aspectos moralmente deseables, incluso si en la balanza el daño creado supera al bien; por consiguiente, el derecho y la moral se encuentran necesariamente conectados.

Raz ciertamente tiene razón en cuanto a que nadie puede negar plausiblemente la tesis de la separación como ha sido formulada tradicionalmente. No obstante, yo considero que la tesis de la separación es mejor vista como una exposición acerca de la identidad del derecho, no de sus implicaciones necesarias. Los positivistas jurídicos, en otras palabras, reconocen que el derecho y la moral pueden compartir ciertas propiedades necesarias en común. Ellos sostienen, sin embargo, que el derecho y la moral no se encuentran *esencialmente* conectados, que las propiedades que hacen al derecho lo que es son no morales en naturaleza. El iusnaturalista, en cambio, insiste en que una institución social es una institución jurídica porque posee algunas propiedades moralmente deseables. Él cree que la moral es parte de la identidad del derecho. Entendido de esta manera, la tesis de la separación es un punto de desencuentro entre los positivistas jurídicos y los iusnaturalistas.

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?

De algún modo evidente, la filosofía del derecho se encuentra relacionada con la práctica jurídica. Puesto que el derecho es una práctica social, la filosofía jurídica no tiene otra opción que atender al modo en que éste es practicado. En otras palabras, la práctica

jurídica es el objeto de la filosofía del derecho. Por esa razón, muchos, si no es que todos, los filósofos jurídicos han asumido que el derecho debe ser estudiado desde la perspectiva “interna”, es decir, desde el punto de vista del participante jurídico. Se supone que el filósofo deba escuchar las exposiciones que los participantes usan para defender y justificar sus acciones, así como para determinar la naturaleza de la práctica. Como a veces se dice, el estudio filosófico del derecho es una indagación “hermenéutica”.

Sin embargo, la cuestión planteada puede ser entendida en otro sentido: ¿debe tener la filosofía del derecho algún impacto en la práctica jurídica si es que ha de ser una actividad humana valiosa? Muchos lo han considerado así. Consideraremos la siguiente cita de Richard Posner en la apertura de sus *Clarendon Lectures*: “No tengo nada en contra de la especulación filosófica, aunque a uno le gustaría que tuviese algún resultado. Algo debería de resultar de la respuesta a la pregunta ‘¿Qué es el derecho?’, si la pregunta ha de ameritar ser formulada por personas que podrían utilizar su tiempo de maneras socialmente más productivas. Nada resulta de ello”.³

Como era de esperar, no comparto la actitud de Posner acerca de la filosofía jurídica analítica. Primero, no concuerdo con la concepción instrumentalista de la filosofía que Posner implícitamente asume. No estoy seguro de por qué la especulación filosófica deba generar algún resultado mientras que otras formas de actividad humana no lo necesitan. Seguramente ver una película, jugar con los hijos, cenar o proveer un teorema en la teoría de conjuntos acerca de la existencia de cardinales grandes son actividades valiosas, aun cuando no tengan ninguna consecuencia socialmente productiva (naturalmente podrían tenerlas, pero no es ello lo que las hace valiosas).

También rechazo la idea de que la filosofía jurídica es irrelevante para la práctica del derecho. Con todo respeto a Posner, algo realmente importante resulta de la pregunta “¿qué es el derecho?”. A mi parecer, no es posible hablar de muchos de los asuntos prácticos más apremiantes que ocupan al derecho —tales como quién tiene

³ Posner, R., *Law and Legal Theory in England and America*, Oxford, Clarendon Press, 1996.

autoridad jurídica para hacer qué y cómo interpretar textos jurídicos— sin hablar de las cuestiones analíticas que han preocupado a los filósofos del derecho. En otras palabras, la respuesta a qué es el derecho en cualquier caso particular depende en muchas importantes formas de la respuesta a qué es el derecho en general.

Un ejemplo puede ayudar a ilustrar mi punto. Consideremos el debate sobre la constitucionalidad de la pena de muerte. Algunos señalan que cuando la octava enmienda prohíbe “castigos crueles e inusuales” debe entenderse como prohibiendo castigos crueles e inusuales. “Cruel” significa cruel. Y como muchos creen que la pena de muerte es contraria a la dignidad humana, consideran que es moralmente cruel e inusual, y, por lo tanto, inconstitucional.

Otros sostienen que la provisión constitucional debe leerse de modo que prohíba sólo aquellos castigos que los constituyentes consideraron crueles e inusuales. Puesto que es claro que los constituyentes no consideraron que la pena de muerte fuera cruel, aquellos que apoyan esta lectura originalista de la octava enmienda concluyen que la pena de muerte es constitucional.

He aquí un sencillo desacuerdo sobre el derecho. Un grupo señala que la octava enmienda prohíbe los castigos crueles e inusuales, mientras que los otros sostienen que sólo prohíbe los castigos que los constituyentes consideraban crueles e inusuales. ¿Cómo se supone que resolvamos esta discrepancia? ¿Qué factores se supone debemos tener en cuenta para poder resolver el si la octava enmienda ha de ser interpretada de una manera y no de la otra?

A decir verdad, la única manera de responder a tales preguntas es el saber qué factores en definitiva determinan el contenido del derecho. Y la única manera de saber eso, es encontrándose en posesión de la teoría correcta del derecho. Esto es así puesto que, como he señalado antes, las teorías del derecho buscan responder la “pregunta de la implicación”. Ellas buscan especificar aquellas verdades que necesariamente siguen del hecho de que algo es derecho. Las teorías del derecho, entonces, buscan especificar lo que esas determinaciones de última instancia del derecho son. Por lo tanto, si se quiere responder a preguntas como “¿es la pena de muerte constitucional?”, se ha de saber lo que necesariamente sigue del hecho de

que algo es derecho, lo que, precisamente, una correcta teoría del derecho nos dirá.

Los positivistas jurídicos, por ejemplo, sostienen que el contenido del derecho es, en definitiva, determinado por los hechos sociales. Por ejemplo, Hart consideraba que el contenido del derecho es determinado por la regla social de reconocimiento. Si el positivista se encuentra en lo correcto, la respuesta a la pregunta sobre la octava enmienda es el recolectar hechos sociales, no hay otra manera de hacerlo. Por el contrario, si el iusnaturalista se encuentra en lo correcto, entonces recolectar hechos sociales no es suficiente. Se ha de abordar a la moral también, puesto que el contenido del derecho también depende, en definitiva, de hechos morales. No se puede saber si se ha de leer la Constitución de acuerdo a una lectura simple o a una que busque el significado originario, a menos que uno se involucre en la filosofía moral.

Resulta entonces que la filosofía del derecho es todo menos irrelevante para la práctica jurídica. No obstante, varias palabras de cautela son necesarias. Primero, no estoy sugiriendo que no se pueda resolver una pregunta jurídica a menos que uno se encuentre en total posesión de una teoría filosófica correcta sobre la naturaleza del derecho. La mayoría de cuestiones jurídicas pueden ser respondidas preguntando a un abogado, leyendo un libro de derecho o simplemente introduciendo la duda en Google. Además, aun cuando no haya un experto a consultar, es posible que la respuesta no dependa de ningún punto de vista en particular acerca de la naturaleza del derecho. En otras palabras, es probable que las teorías del derecho, positivistas y naturalistas, den la misma respuesta a la misma pregunta. La tesis, más bien, es que la respuesta a muchas preguntas sí depende de que el punto de vista acerca de la naturaleza del derecho sea correcto. Cuanto este es el caso, conocer la naturaleza del derecho es invaluable.

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

Hay una queja que los abogados tienen para con la filosofía del derecho, la cual, creo, es completamente válida. La objeción común-

mente señala que ésta, tal y como se practica hoy en día, se encuentra disociada del mundo real de la actividad de los jueces y abogados. La idea aquí no se refiere tanto a que la filosofía jurídica sea irrelevante para la práctica, sino a que las teorías del derecho expuestas por los filósofos no parecen reflejar la actividad de las actuales instituciones jurídicas. En particular, los abogados usualmente se quejan de que los filósofos del derecho ignoran las consideraciones de la competencia institucional en el desarrollo de sus consideraciones sobre el derecho, especialmente en sus teorías sobre la interpretación jurídica. Al respecto, pienso que los abogados tienen absoluta razón.

La desconexión entre abogados y filósofos puede ser mejor vista al considerar el modo en que los debates interpretativos proceden en el mundo “real”. Cuando los abogados, jueces y profesores de derecho debaten por una teoría interpretativa sobre otra, comúnmente se justifican haciendo referencia al grado en el que se puede confiar el actuar competentemente y de buena fe a ciertos miembros del grupo. Textualistas como el juez Antonin Scalia, por ejemplo, creen que los jueces deberían limitarse a seguir el significado llano de la ley, puesto que no tienen confianza en que los jueces vean más allá del texto. Temen que los jueces inserten su personal punto de vista político a nombre de efectuar un propósito legislativo. Otros textualistas como el juez John Esterbrook rechazan la búsqueda de un propósito, puesto que no tienen confianza en que los legisladores moldeen la legislación de interés público. Desde este punto de vista, las normas se construyen bajo compromisos entre grupos con intereses opuestos, no de visiones unificadas del bien común desarrolladas por servidores públicos altruistas que puedan extenderse a casos no previstos. Por otro lado, deliberacionistas como Henry Hart y Albert Saks, generalmente presumen que los funcionarios jurídicos son “gente razonable buscando fines razonables, razonablemente”, y así conceden a los jueces ampliar sus facultades para ahondar en el “espíritu” de la ley cuando su texto produce resultados que encuentran objetables.

No obstante, a pesar de la importancia que los abogados practicantes atribuyen a las relaciones de confianza al determinar un método interpretativo, el concepto de confianza casi nunca aparece cuando los filósofos discuten la naturaleza de la interpretación jurí-

dica. La teoría de la interpretación de Ronald Dworkin es un ejemplo de ello. Él sostiene que el intérprete siempre debe interpretar los textos de modo tal que los presente en su mejor luz moral; sin embargo, Dworkin nunca toma en cuenta el si tal metodología es adecuada para participantes con capacidades morales y cognoscitivas normales. Por el contrario, la interpretación dworkiniana presupone una tremenda confianza en las habilidades filosóficas de los miembros de un grupo y su buena voluntad de llevar a cabo tan riguroso ejercicio intelectual. Si, como es razonable suponer, la mayor parte de los individuos no son particularmente adeptos, o son indiferentes, a embarcarse en el análisis filosófico, sería especialmente imprudente el permitirles interpretar la práctica de acuerdo con los principios que a ellos les parece como si reflejaran la mejor luz moral.

La indiferencia de Dworkin por las consideraciones de confianza no es exclusiva de él, sino que es un rasgo penetrante en la moderna filosofía del derecho analítica. Los teóricos iusfilosóficos han tendido a abordar las cuestiones sobre la interpretación jurídica a través de los lentes de las preocupaciones filosóficas tradicionales, tales como el significado lingüístico, la moralidad política y el análisis conceptual. En la misma línea, sus trabajos ponen en evidencia un notable entusiasmo por los debates acerca de la semántica apropiada de palabras como "vehículo" y "cruel", la relación de la justicia con la equidad, y las precondiciones conceptuales de la reivindicación de la autoridad legítima por parte del derecho.

La indiferencia a estas consideraciones de confianza no sólo es irritante para los abogados, sino profundamente irónica, dado que ésta yace en el centro de un supuesto que, previamente vimos, los filósofos del derecho asumen. Aunque la orientación hermenéutica de la filosofía jurídica constituye parte de un entendimiento compartido por los teóricos, las consideraciones que éstos proponen generalmente no logran mantener este estándar. Esto es así, porque dichas teorías no reflejan la estructura real de la argumentación jurídica. Los participantes jurídicos toman las cuestiones de competencia y naturaleza muy en serio, cosa que lamentablemente los filósofos del derecho no hacen. Y puesto que los filósofos jurídicos

no toman la confianza en serio, los participantes jurídicos no se los toman en serio.

En mi propio trabajo, he tratado de enmendar esta falla. Mi propósito ha sido desarrollar una teoría del derecho en la cual las consideraciones de competencia y naturaleza sean centrales para el entendimiento de las instituciones jurídicas y de la estructura del razonamiento y de la argumentación jurídicos. Aquí, muy brevemente, demuestro cómo lo hago.

Como he mencionado con anterioridad, la teoría de la planificación del derecho sostiene que en el fondo la actividad jurídica se basa en planes. Las instituciones jurídicas se estructuran en planes desarrollados por los funcionarios para permitirles trabajar conjuntamente de modo que alcancen los objetivos políticos del sistema. No obstante, la teoría de la planificación no sólo sostiene que la actividad jurídica sea resultado *de* la planificación social, sino que también resulta *en* planificación social. Las instituciones jurídicas planean para las comunidades sobre las que han reclamado autoridad, tanto en el sentido de indicar a sus miembros lo que pueden o no hacer como proveyéndoles con las facilidades necesarias para que realicen sus propios planes. De este modo, las reglas jurídicas son planes generalizados emitidos por aquellos que tienen la autoridad para planear por otros, y la adjudicación implica la aplicación de estos planes para aquellos a los que se les aplica. La función de los planes jurídicos implica organizar tanto el comportamiento individual como el colectivo, de modo que los miembros de esa comunidad puedan producir bienes morales que no hayan podido ser alcanzados, o alcanzados también, sin ellos.

Puesto que el derecho es una institución de planeación, la necesidad de discernir entre lo que vale la pena y lo que no, siempre será una preocupación central y apremiante de los sistemas jurídicos. Mientras las instituciones jurídicas deban fiarse de sus propios miembros y de otros para realizar sus objetivos, perpetuamente serán vulnerables a la explotación, la ineptitud y la negligencia. Cuando las autoridades jurídicas asignan derechos y responsabilidades a personas técnicamente incompetentes o moralmente desagradables, amenazan la empresa jurídica al poner tareas de vital im-

portancia en las manos de aquellos incapaces o no dispuestos para actuar a la altura de sus responsabilidades.

Por tanto, la confianza importa en el derecho, porque él depende de otros para satisfacer sus objetivos políticos, y la fiabilidad crea vulnerabilidad y oportunidades de explotación. En gran medida, los sistemas jurídicos definen su carácter por los diferentes modos en que deciden manejar su vulnerabilidad —cuánto están dispuestos a confiar en otros, en quién confían y qué les confían hacer—. La distribución de la confianza y la desconfianza manifestada en el diseño institucional representan lo que en otro trabajo he denominado “la economía de la confianza” del sistema.

Cuando se reflexiona sobre la importancia de evaluar la competencia y la naturaleza de la asignación de derechos y deberes jurídicos, se vuelve evidente que dichas consideraciones son cruciales para determinar también una metodología interpretativa. En términos sencillos, la discreción interpretativa debe rastrear juicios sistemáticos del merecimiento de la confianza: en la economía de la confianza del sistema, aquellas personas que no son dignas del beneficio de la duda están autorizadas a una escasa discreción interpretativa, mientras que aquellas consideradas dignas de mayor confianza jurídicamente gozan de una mayor discreción interpretativa.

Para imaginar esto, supongamos que un sistema mantiene una posición muy desconfiada de la competencia y naturaleza de sus funcionarios, una perspectiva manifestada en su diseño institucional: la autoridad se encuentra ampliamente dispersa a lo largo del sistema, a los funcionarios del Ejecutivo y Judicial se les prohíbe por completo legislar, se prevén largos plazos para que una legislación pueda ser aprobada, existen varias sanciones al abuso de discreción, etcétera. Ahora, imaginemos que una metodología interpretativa adecuada para este sistema desconfiado permite a los funcionarios un gran margen de discreción interpretativa. Esta metodología no los fuerza a ceñirse muy estrictamente al significado llano de los textos jurídicos, sino que les permite desviarse de éstos cuando consideran que han sido pobemente redactados o no han dado los resultados esperados. Por lo tanto, al leer las leyes, los funcionarios tenderán a interpretar las concesiones de poder ampliamente y las limitaciones estrechamente, a ignorar el texto de la ley cuando arroje resultados

con los que se encuentren levemente en desacuerdo, a rehusarse acatar las interpretaciones de las regulaciones realizadas por el correspondiente órgano administrativo, etcétera. Todo esto es permitido de acuerdo con la metodología interpretativa adecuada.

No obstante, la dificultad obvia con este modo de proceder es que la metodología interpretativa en cuestión crea demasiada vulnerabilidad desde la perspectiva sistemática. Al dar a los funcionarios un gran grado de discreción interpretativa, la metodología les otorga la oportunidad de expandir sus poderes, reducir restricciones e incrementar su discreción más allá de lo contemplado. La distribución resultante del poder y autoridad no puede ser justificada por la perspectiva desconfiada del régimen. Desde el punto de vista sistemático, la metodología interpretativa es demasiado riesgosa, ella puede ser racionalizada sólo con actitudes que son mucho más optimistas de lo que el sistema resulta ser.

De igual modo, un sistema con actitudes más optimistas frente a la naturaleza y frente a la cognición humana no es bien servido por una metodología interpretativa altamente restrictiva. Aunque este tipo de metodología disminuye la vulnerabilidad del derecho, desde el punto de vista del sistema reduce demasiado su exposición. Al restringir el grado en el que los funcionarios pueden ejercitar su discreción interpretativa, éstos se encontrarán impedidos para la consecución de los objetivos a los que se les ha confiado servir.

Sin duda, el argumento recién presentado es incompleto, porque no nos dice *de quién* son los juicios que constituyen el punto de vista sistemático. Tampoco nos dice cómo, exactamente, la metodología interpretativa ha de rastrear dichos criterios. Simplemente fue realizado para dar una idea de cómo una teoría del derecho puede tratar de explicar la preocupación del abogado practicante con consideraciones sobre la confianza, y por qué ellos tienen tanta razón de preocuparse.

Traducción por Piero Mattei-Gentili