

MURPHY, Jeffrie G. and COLEMAN, Jules, *Philosophy of Law: An Introduction to Jurisprudence* (revised edition), Dimensions of Philosophy Series, Westview, 1990, xvi+240 pp.

1. LA FILOSOFÍA HA QUEDADO MARCADA en nuestro siglo por lo que se conoce como el método analítico. Originado en el trabajo seminal de George E. Moore, Bertrand Russell y Gottlob Frege, la técnica del análisis filosófico ha transformado la manera de hacer filosofía en nuestro siglo. Los temas sobre los que primero se ejerció el análisis filosófico fueron de metafísica, teoría de la referencia, epistemología y filosofía de la mente. Sin embargo, a partir de la segunda mitad de este siglo esa técnica analítica se utilizó en la filosofía práctica y con Herbert Hart arribó a la filosofía del derecho. Desde entonces no ha cesado de avanzar; filósofos como Thomas Nagel, John Rawls, Gerald Dworkin han llevado la reflexión filosófica en el dominio práctico a nuevos niveles de madurez, profesionalismo y profundidad.

El libro que ahora comento es un ejercicio en la filosofía analítica del derecho. Se trata de una introducción a los temas centrales del derecho que alcanzan importancia filosófica. En sucesivos capítulos desfilan la naturaleza del derecho, la teoría moral y su aplicación al derecho, el crimen y el castigo, la filosofía del derecho privado, y la aplicación del análisis económico al derecho.

Una de las principales virtudes de la técnica del análisis filosófico es que permite “bajar” los temas más arduos y abstractos a un nivel de claridad que posibilita acceder a ellos y los hace susceptibles de pensamiento propio, es decir, de plantearles objeciones, de derivar consecuencias adicionales, de abrir nuevos campos de estudio, etcétera. El carácter intrínsecamente argumentativo del análisis filosófico permite una actitud activa, creativa e innovadora, en este caso con respecto al derecho. Murphy y Coleman prestan con este ensayo introductorio un gran servicio a la comprensión y desarrollo de los problemas filosóficos del derecho.

2. La cuestión ontológica: ¿qué es el derecho? ¿Pero cuáles son esos problemas y qué nos dicen Murphy y Coleman al respecto? Comencemos

con la cuestión ontológica: ¿qué es el derecho? ¿Es algo del mundo como las piedras y el aire o no lo es y en tal caso qué cosa es? Varias respuestas se ofrecen de inmediato, pero también encontramos varias dificultades al determinar la naturaleza del derecho. Una primera (6)<sup>1</sup> es que el derecho está concebido como un instrumento de control social que conduce a las personas a llevar a cabo muchas acciones que no harían si se les dejara a su propio arbitrio. Ahora bien, ¿cómo difiere esta manera de control social que ejerce el derecho de otras como la fuerza bruta o la moralidad? ¿Qué es lo específico de la coerción jurídica? Hay leyes que son inmorales y regímenes enteros que lo son (por ejemplo la Alemania nazi) pero el derecho a diferencia de la moral amenaza con el uso de la fuerza para obligar a las personas a cumplir sus normas. De esta manera encontramos que “fuerza”, “moralidad” y “derecho” están relacionados y hay que determinar la naturaleza y alcance de estas relaciones. El análisis de estas relaciones promete llevarnos necesariamente a determinar la naturaleza del derecho.

Otras dificultades se interponen en el camino ontológico: ellas son que la legalidad no se reduce a la regularidad descriptiva como tampoco con la moralidad o la fuerza; que hay casos dudosos, en el límite, y que el concepto de ley o derecho involucra otros conceptos filosóficamente controvertidos como son el concepto de regla legal. Todas estas cuatro dificultades impiden el análisis del derecho y con ello su determinación ontológica.

Murphy y Coleman citan otras razones prácticas (9) acerca de la importancia del análisis del derecho. Una concierne la fidelidad moral al orden jurídico y la otra al carácter indeterminado de la ley que implica su interpretación. Ambas razones exigen que contemos con un análisis adecuado del concepto del derecho. Murphy y Coleman deciden comenzar explorando las respuestas que ofrecen a la cuestión central “¿Qué es el derecho?” las tesis del iusnaturalismo, el positivismo jurídico, el neoiusnaturalismo y el relativismo jurídico contemporáneo.

Murphy y Coleman caracterizan (15) al iusnaturalista mediante dos tesis, a saber:

- i) que la validez moral es una condición necesaria de la validez moral;
- ii) que el orden moral es parte del orden natural.

1 Los números entre paréntesis remiten a las páginas del libro que aquí comentamos.

La tesis (i) se puede verter como “no legalidad sin moralidad” y resulta manifiestamente falsificada por múltiples contraejemplos. La tesis (ii) falla al no encontrar un sentido de “natural” que le otorgue contenido. El iusnaturalista, en particular, no alcanza a encontrar un sentido de “natural” que le permita involucrar alguna tesis teológica.

El iusnaturalista no alcanza a reducir la obligación jurídica a la obligación moral: ésta es una mala forma de relacionar al derecho con la moral. Pero hay otras más prometedoras, según veremos más adelante.

Los excesos teóricos a los que condujo el iusnaturalismo provocaron una reacción que buscó restringir el ámbito de la filosofía jurídica, a saber, que el derecho está constituido por leyes y que por lo tanto ese es su estricto campo de estudio. Pero ¿qué son las leyes? Mandatos, órdenes, responde John Austin, y su respuesta encuentra varias dificultades principales. Esta es la postura que se conoce como positivismo jurídico. El positivismo jurídico centró la atención en la ley y comenzó la búsqueda de un modelo científico para ese objeto de estudio: había que dar un tratamiento científico de lo que es la ley, de sus presupuestos y consecuencias, de cómo la ley resulta en un control racional de las acciones de las personas. El positivismo jurídico liquidó los afanes teológicos y románticos del estudio del derecho.

Murphy y Coleman encuentran las siguientes limitaciones en el positivismo jurídico: la obligación jurídica no consiste en forzar (21) y no se reduce a nociones como “hábito”, “deseo”<sup>2</sup> o “sanción” (23). La idea de un mandato (emitido por un soberano) no puede hacer justicia al elemento normativo del derecho, a su carácter de regla (25). Austin toma como paradigma del derecho al derecho penal ignorando aquellas leyes que no involucran penas.

¿Qué tan fuerte es esta objeción? ¿Hay una dificultad de principio para ofrecer un análisis del carácter de regla que tiene la ley? Hart pensó que se podía suplementar al positivismo jurídico con un análisis del carácter de ser regla, de tener obligatoriedad. Hart piensa en las leyes no como mandatos o enunciados que predicen lo que sucederá a una persona si no cumple con lo ordenado por la norma; las leyes son más bien enunciados que regulan la conducta ofreciendo razones o motivos que justifican imponer sanciones a ciertas conductas (28).

2 Adviértase la aparición de nociones de propiedades psicológicas; sobre esto volveremos a propósito del segundo capítulo de este libro comentado.

Hart distingue entre reglas primarias, que versan acerca de conductas posibles, y reglas secundarias, que versan acerca de las reglas primarias en un triple sentido, a saber, porque las reconocen,<sup>3</sup> establecen las condiciones para cambiarlas y deciden las controversias que surjan entre ellas (30). Las reglas secundarias son necesarias porque las reglas primarias padecen de un triple defecto, a saber, son inciertas, rígidas e ineficientes (29).

De esta suerte Murphy y Coleman arriban a la conclusión de que Hart pensó que había respondido para siempre la cuestión central de la filosofía del derecho (32), a saber, ¿qué es el derecho? Su respuesta es que el derecho es un sistema de normas, leyes o reglas primarias y secundarias (32). Esta teoría de Hart resultó ser la mejor defensa del positivismo jurídico. Y sin embargo también resultó en un cuestionamiento más intenso pues existe la convicción de que el positivismo jurídico, lejos de responder esa cuestión central, distorsiona la naturaleza del derecho bajo una uniformidad ilusoria.

¿Cuál o cuáles son las distorsiones en que incurre el positivismo jurídico? Una corriente significativa es la que se conoce como realismo jurídico —que recoge los nombres de juristas como Oliver Wendell Holmes, Jerome Frank y Karl Lewellyn— argumenta que la obsesión del positivismo jurídico con las reglas es una abstracción de la verdadera naturaleza del derecho, el cual consiste en hechos mucho más prosaicos como los que se viven en los tribunales en donde las pasiones, los intereses, el temperamento de los actores etcétera, constituyen la realidad del derecho, pues son ellos los que determinan la lectura de la ley y su aplicación y no alguna regla o algoritmo más o menos formal (33). El realismo jurídico formula un desafío a las posturas formalistas proponiendo un examen de lo que efectivamente sucede cuando un juez aplica la ley. El realismo jurídico constituye una reacción escéptica al formalismo de que el derecho son reglas y con ello introduce una variedad de preocupaciones que el iusfilósofo debe tomar en cuenta.

Como es bien sabido, muchos han visto en el positivismo jurídico algo abominable puesto que tiene la consecuencia de admitir que regímenes como el nazi sean calificados como derecho al igual que las democracias occidentales. Partiendo de este sentimiento, han empujado la

3 La Constitución viene a ser la regla o norma secundaria que permite decidir si un determinado enunciado legal es o no una norma o regla primaria y, por lo tanto, si es parte del orden jurídico.

conclusión de que el calificativo de derecho debe incluir un cierto contenido moral de manera que regímenes como el nazi o el estalinista soviético resulten eliminados de la esfera del derecho. Hay una gran variedad de posturas que demandan ligar el derecho con la moral y en este sentido se trata de posturas neo-iusnaturalistas. Murphy y Coleman se concentran en una de ellas por ocupar el centro de las discusiones más importantes en nuestros días, a saber, la de Ronald Dworkin. Tres razones principales (39) los llevan a esta decisión: porque discute casos legales reales utilizando creativamente la filosofía, porque argumenta la forma en que las decisiones judiciales de los casos difíciles necesariamente apelan a elementos morales y porque delimita los elementos morales que pueden ser apelables, a saber, aquellos que forman parte de la tradición moral del sistema legal en cuestión.

Dworkin ataca el positivismo jurídico de Hart aduciendo dos casos, a saber, el de un nieto que hereda de su abuelo al que asesinó: ¿puede alguien beneficiarse de su crimen? El otro caso es de un sujeto que firma un convenio que limita la responsabilidad de un fabricante de autos y sin embargo lo demanda por las lesiones que sufrió en un accidente debido a defectos de la unidad automotriz (41). En el primer caso la Corte deja de lado la norma aplicable y resuelve dejar sin herencia al homicida con base en otras consideraciones. En el segundo, la Corte ignora la existencia del convenio y concede indemnización al que sufrió la lesión en virtud de que el fabricante abusó de la necesidad del comprador y de que debe responder por la bondad de sus productos. En ambos casos el juez pasa por encima de las reglas pertinentes haciendo uso de otros elementos para sentenciar los casos. ¿A qué cosa recurre que no sean reglas? Dworkin dice que recurre a principios (43).

Los principios son todo o nada, son razones y se aplican cuando hay oposición entre leyes o cuando no hay ley. Un ejemplo es el citado antes: “nadie puede sacar provecho de sus fechorías”. Cuando hay conflicto entre normas el juez se mueve más allá de las normas y se apoya en los principios para sentenciar. Cuando surgen casos difíciles, casos para los cuales no hay norma o regla aplicable, los jueces apelan a principios claramente expresados y la sentencia estará limitada y estructurada por esos principios invocados. De esta suerte, el litigante pide que se proteja un derecho que se tiene sopesando todos los principios relevantes (45). Algo así como una inferencia a la mejor explicación. Sin embargo, el modelo legal (Hart) no niega que en los casos difíciles el juez apele

a valores, lo que este modelo hace es ver esta apelación como una extensión del acto legislativo y no como un ir más allá del orden jurídico legal. Por lo tanto, hay motivos para disputar tanto la distinción principios-reglas como el modelo de solución de los casos difíciles mediante la apelación a principios.

La cuestión crucial aquí es que al autorizar salir fuera del orden legal se crea el peligro de caer en la arbitrariedad; surge entonces la necesidad de evitar que todo se valga. Dworkin habla de un linaje de los principios pero su noción de linaje peca de vaguedad (46).

La tesis de Dworkin que resulta más atractiva y provocativa es la que dice que hay derechos aun cuando no los podamos determinar o conocer. El caso no es como cuando aceptamos que hay microorganismos que no pueden verse a simple vista, pues en este caso hay un hecho observable —aun cuando no observado todavía— mientras que en el caso jurídico es el contenido mismo del derecho el que se encuentra en cuestión (47). Dworkin sostiene además la tesis de que tiene que haber una respuesta a quién tiene el derecho: alguien debe ser el ganador y el juez debe alcanzar la respuesta correcta. Murphy y Coleman hacen ver que con estas exigencias Dworkin requiere que los jueces sean buenos filósofos, que dominen la historia y que sean capaces de adentrarse creativamente en la teoría moral y la teoría política (49). Pero entonces, si su tesis de derechos, a saber, que existen derechos y que son determinables, depende de la moral —y se separa el dominio de la ley— dependerá por ello mismo de la existencia de respuestas morales. Sobre esto hay un extendido y contumaz escepticismo que no encuentra argumento demostrativo que lo aniquile o detenga. Esto motiva a Murphy y Coleman a examinar en un segundo capítulo las relaciones entre la moral y el derecho.

En un último apartado Murphy y Coleman se refieren a la corriente crítica de los estudios legales y a la jurisprudencia feminista que ven equivocadamente en la objetividad moral un enemigo teórico y práctico y en el relativismo un aliado necesario. Murphy y Coleman ensayan el argumento antirrelativista que torna incoherente esa postura (51). Y viene inmediatamente la siguiente reflexión: se refuta al relativista pero no al escéptico moral o epistemológico. Esto dice mucho de la racionalidad humana.<sup>4</sup>

4 Sobre la tendencia a caer en el absolutismo o en el relativismo ante el acoso del escéptico, consúltese, Villanueva, E., “What has to do Skepticism with Contextualism?”, *Philosophical Issues* 10, Blackwell, 2000; así como “Explanation, Supervenience and Modal Claims”, 2000. Sobre el escepticismo volveré más adelante.

3. De cómo se aplica la moral al derecho: el análisis constitucional. En el segundo capítulo Murphy y Coleman se ocupan de examinar las teorías que sostienen que la moral juega un papel necesario en las decisiones judiciales. Se trata de establecer las relaciones entre moral y derecho. Para llevarlo a cabo, comienzan por introducir las dos teorías dominantes en filosofía moral e inmediatamente toman el caso constitucional de la libertad de expresión y de prensa para exhibir la importancia que tiene aquélla al determinar el contenido de éste.

Las dos teorías que absorben la reflexión moral en nuestros días son un cierto neokantismo y un neoutilitarismo. El primero dice que la moral es algo inseparable de la esencia (autónoma, libre y racional) de las personas y está constituida por preceptos no negociables, universalmente válidos. Que se debe respeto absoluto para esas fuentes de decisión autónoma que son las personas. El segundo, en cambio, pone la sentencia como primaria y dice que toda moralidad debe responder a un cálculo razonable de lo que maximiza el bienestar de las personas. Son dos modelos de racionalidad incompatibles entre sí (71).

Murphy y Coleman argumentan que aun cuando son tan diferentes esos dos modelos, en muchas ocasiones el kantiano y el utilitarista arriban a las mismas conclusiones pero con muy diferentes motivaciones, concepciones y justificaciones. Una buena manera de contrastar ambas teorías consiste en confrontarlas en un caso crucial, a saber, el precepto constitucional de la libertad de expresión y de prensa.

Si se toma la postura utilitarista se estará propenso a sostener que la libertad de expresión o de pensamiento es moralmente defendible porque tiene consecuencias favorables como propiciar el intercambio de ideas, lo cual trae consigo el descubrimiento de verdades, favorece el diálogo inteligente que hace posible el buen gobierno, etcétera, hay que distinguir este derecho de otros dos que le son afines, a saber, el derecho de ofrecer información (prensa) y el derecho de acceder a la información. Sólo el primero les parece fundamental.<sup>5</sup>

Que sea fundamental el derecho al libre pensamiento y su expresión quiere decir que aquello que lo justifica no son las buenas consecuencias que tiene y puede tener (utilitarismo) sino una necesidad práctica más allá de todas sus consecuencias. Murphy y Coleman desean un funda-

5 Considérese la buena discusión que ofrecen de por qué la libertad de prensa no puede tener el mismo estatus que la libertad de expresión.

mento compulsor, forzoso, algo como un derecho natural, irrenunciable, imposible de negar sin rechazar con ello mismo la personeidad. Casi como una propiedad psicológica central de las personas.<sup>6</sup> Ellos dicen que el derecho a la libre expresión es constitutivo de la esencia humana de las personas (88), pero conceden que puede interferirse o anularse en casos extremos como el de una amenaza inmediata a la seguridad nacional. No aceptan, por lo tanto, la tesis kantiana de que es un derecho absoluto, que no admite de ninguna excepción.

Pero ¿cuál es su argumento? El lector deberá perseguirlo a través de esas páginas; baste decir que no es ni un argumento demostrativo ni tampoco uno apoyado en evidencia. No hay una “deducción” del derecho al libre pensamiento y su expresión a partir de la esencia de las personas; y no es de esperarse que lo haya en una introducción. No hay un argumento discernible sino una serie de razones a partir de las cuales el lector puede construir un argumento.

Pero supongamos que hay un argumento que parte de la esencia comunicativa de las personas. ¿Sería suficiente este argumento? Es decir, puede rebasar o eliminar las objeciones escépticas? Un escéptico es aquel que afirma que no hay argumentos o pruebas que demuestren la necesidad del derecho a la libertad de pensamiento y que, por el contrario, en ausencia de razones demostrativas se aducen intuiciones más o menos vagas tamizadas de emociones más o menos oscuras. El escéptico dice que nuestra idea de los derechos humanos es tan solo una creencia de nuestra parroquia. Hay varios niveles de escepticismo, como veremos en seguida, pero ya podemos apreciar cómo la tesis escéptica pone en crisis los fundamentos de las teorías política, moral y jurídica.


Las dudas escépticas suelen dirigirse a la inexistencia de procedimientos para zanjar los desacuerdos morales (incluyendo los políticos y los jurídicos). No hay manera racional de someter al que duda de, por ejemplo, la validez objetiva del derecho a la libre expresión. La racionalidad de las personas padece de una laguna en este dominio práctico. Por lo tanto, el análisis constitucional se ve totalmente afectado. El escéptico sostiene que no tenemos razones válidas para nuestras creencias en las garantías individuales, por ejemplo.

6 Sobre las condiciones de la personeidad, la racionalidad y las propiedades psicológicas puede consultarse Villanueva, E., *Las personas*, México, UNAM, 1995.



Murphy y Coleman no parecen dirigirse al escéptico radical, aquel que no teme las consecuencias más devastadoras como son el nihilismo intelectual y práctico. Murphy y Coleman esgrimen un argumento *ad hominem* según el cual si elevamos demasiado el estándar de lo que constituye un argumento aceptable para zanjar las disputas morales el propio escéptico quedará imposibilitado de construir su argumento (98). Ciertamente hay un mínimo que el escéptico debe conceder y es que sus dudas tengan sentido. Por su parte el objetivista moral tiene que exhibir el mecanismo racional que permita zanjar los desacuerdos morales.

Asimismo, dicen perspicazmente que nuestra época resulta paradójica en que por un lado condena al genocidio, las dictaduras, la pobreza, etcétera, y al mismo tiempo sostiene que las justificaciones elaboradas para defender esos valores le resultan huecas, expresiones de emociones, ilusiones y/o prejuicios, sin fuerza demostrativa (70). En verdad, esta es la situación dialéctica, pero aceptarla no autoriza conclusiones modales como “no es posible x” o “todo se vale”, o el anarquismo o el cinismo. Nuestra ignorancia es mucha y es fundamental pero ello no implica catastrofismo o desesperación sino mayor estudio y conocimientos.

El lector puede inferir a partir del comentario de los dos primeros capítulos la clase de introducción que es ésta que aquí se comenta y las muchas virtudes que encontrará en los capítulos siguientes sobre el derecho penal, el derecho privado y el derecho y el análisis económico. Se trata de un tratado compacto con una enorme riqueza expositiva y argumentativa, con un cúmulo de información en abundantes notas aclaratorias que remiten a una enorme cuanto selecta bibliografía del pensamiento iusfilosófico de nuestros días. Es de esperarse que toda esta virtud intelectual encuentre un traductor honesto que la ponga a disposición de los estudiosos de habla española. 

Enrique VILLANUEVA