

KEVIN TOH*

1. ¿Qué es la filosofía del derecho? ¿Cuál es su metodología adecuada?

Creo que fue Michael Bratman quien una vez describió la filosofía como un “hoyo cosido”. Lo que Bratman quiso decir, según lo entiendo, es que todas las diferentes subáreas de la filosofía, aunque podríamos discernir algunos límites entre ellas, están relacionadas unas con otras; y que nuestros compromisos con cualquiera de las subáreas pueden tener implicaciones, cercanas o distantes, en otras subáreas de la filosofía. Así que el ideal epistémico para nosotros es tener un conjunto de compromisos en cada subárea que sean creíbles por derecho propio, y que al mismo tiempo estén acordes con nuestros compromisos en las otras subáreas de la filosofía (al igual que con nuestros compromisos no filosóficos). Un área importante de la filosofía del derecho tiene que ver con la naturaleza del derecho. Esto es lo que a menudo se llama “jurisprudencia general”. Lo que queremos en la jurisprudencia general son caracterizaciones de las normas jurídicas, los pensamientos jurídicos y las prácticas jurídicas que juntas proporcionan explicaciones satisfactorias de muchos de los aspectos variables o no contingentes del derecho, y que al mismo tiempo estén acordes, o sean compatibles, con las mejores teorías en metafísica, epistemología, semántica, psicología, etcétera.

¿Por qué estudiar jurisprudencia general? Porque si se hace bien, nuestra teoría nos ayudaría a entender la naturaleza de nuestros pensamientos y prácticas jurídicas. Las personas pueden sólo hacer ciencia, o matemática, o ética (de primer orden), etcétera, pero llegará un momento en el que sentiremos curiosidad no sólo por las respuestas a las preguntas de primer orden, sino también por la naturaleza de nuestras preguntas y tesis de primer orden, sus fundamentos metafísicos, sus presupuestos epistemológicos, etcétera. ¿Existen los electrones? ¿De qué forma el universo obedece las leyes de las matemáticas? ¿Cómo obtenemos acceso epistémico y semántico a los valores? Éstas y muchas otras son preguntas que cualquier

* University College London, k.toh@ucl.ac.uk

KEVIN TOH

persona reflexiva y curiosa tendría. Y las personas reflexivas —tanto abogados como otros que tratan con el derecho (es decir, casi todas las personas)— tendrán curiosidad acerca de si las afirmaciones jurídicas describen algunos aspectos del mundo, si el derecho existe en la misma forma en que las sillas y rocas lo hacen, cómo el derecho difiere de los principios o valores morales, etcétera. Una teoría en jurisprudencia general, si se hace bien, nos daría respuestas satisfactorias a esas preguntas. Y cuán satisfactorias son, cuán buena es la teoría, dependerá mucho de cuántas de las características relevantes no contingentes del derecho explica la teoría y cuán acorde es la teoría con otros de nuestros compromisos filosóficos y no filosóficos.

La metodología adecuada a emplearse en jurisprudencia general sería la metodología que esté adecuadamente informada y restringida por nuestros compromisos en otras disciplinas filosóficas y no filosóficas. Las metodologías filosóficas surgen y desaparecen, pero los filósofos del derecho deberían tratar de incorporar y basarse en las metodologías que han sido “escudriñadas” por los filósofos que están trabajando en las áreas “centrales” de la filosofía. Los filósofos del derecho no han sido muy buenos haciendo esto; por esta razón, las obras de personas como Brian Leiter y Nicos Stavropoulos son especialmente valiosas, incluso si al final no se está de acuerdo con sus diagnósticos de lo que es erróneo en las metodologías jurisprudenciales actuales o con sus propias conclusiones jurisprudenciales.

Existen por supuesto otras áreas de la filosofía del derecho diferentes de la jurisprudencia general. En otra área, la filosofía del derecho podría ayudar a disciplinar a los abogados y al razonamiento de primer orden jurídico de otros, disciplinando su comprensión de algunas de las nociones centrales en el derecho —tales como “responsabilidad”, “causalidad”, “interpretación”, etcétera—. Los filósofos han hecho mucho más para concebir teorías rigurosas y autoconscientes de estas nociones que ningún otro grupo de personas de cualquier otra disciplina. Y en la medida en que algunas instancias del razonamiento jurídico se vuelvan de forma decisiva hacia determinadas concepciones de estas nociones, los filósofos del derecho equipados con teorías creíbles de las mismas podrán ayudar a los abogados y a otras personas. Esta área de filosofía no es realmente

KEVIN TOH

filosofía del derecho en sentido estricto, sino que consiste en desarrollos oportunistas de los hallazgos y teorías de otros subcampos de filosofía para propósitos jurídicos. Esta etiqueta, sin embargo, no importa mucho.

También existe un área de la filosofía del derecho que es en realidad la aplicación de la filosofía política y la ética a las preguntas políticas y éticas que surgen en los contextos jurídicos. Los filósofos éticos y morales pueden prestar sus teorías y hallazgos para ayudar a los legisladores, jueces y abogados con mentalidad reformista, a averiguar cómo debe ser concebido o cambiado un sistema jurídico o conjunto de doctrinas jurídicas para servir nuestros intereses políticos y éticos. Las razones para adelantar estas dos últimas áreas de la filosofía jurídica son bastante obvias, y las metodologías que los filósofos del derecho deberían emplear son metodologías que se trasladan a otras subáreas de la filosofía en las cuales se basa esta filosofía del derecho.

2. ¿Cuál es su experiencia personal? ¿Cómo comenzó en la filosofía del derecho? ¿Qué personas le influenciaron sustancialmente en su trabajo?

Fui introducido a algunos de los textos principales de la filosofía analítica del derecho en mi primer año de universidad. No era un pregrado en filosofía, pero estaba leyendo bastantes teorías políticas y sociales en un departamento de Harvard llamado “Estudios Sociales”. Tomé un seminario de primer año dictado por un estudiante de tercer año de la Escuela de Derecho de Harvard, quien básicamente no quería ser un abogado y estaba tratando de encontrar una forma de volverse un académico. Él asignó lecturas de Hart, Fuller, Dworkin y otras cosas que estaban de moda entre las personas de teoría jurídica en Harvard. Me dejó pasmado la obra de Hart. Él no sólo era más claro y más convincente en sus argumentos que otras personas que había leído, sino que quedé encantado por su personalidad, que parecía relucir a través de sus escritos. El seminario no era muy bueno, dado que el estudiante de derecho no parecía saber bien lo que estaba haciendo, y perpetuamente llegaba tarde a clases

KEVIN TOH

y reuniones. No obstante, le agradezco por introducirme a Hart y a la filosofía del derecho de forma más general.

Más tarde, cuando estaba en la Escuela de Derecho de University of Michigan, durante mi primer año, tomé un curso en jurisprudencia con Philip Soper. Encontré que estaba en desacuerdo con Soper en muchas cosas, pero también encontré muy difícil tener una conversación filosófica y productiva con él dado que era muy rígido en su pensamiento. Durante mi primer año en la Escuela de Derecho, apliqué y fui aceptado en el departamento de filosofía en Michigan, y mi experiencia con Soper me condujo a buscar otra área para trabajar. Comencé a estudiar asuntos de responsabilidad y libre albedrío con David Velleman. Pero un día comencé a hablar seriamente de filosofía del derecho con John Devlin, quien estaba algunos años más adelante que yo en el posgrado. Él era un abogado que había decidido obtener un Ph.D. en filosofía. Él estaba escribiendo sobre metafísica, pero acababa de ser asignado para enseñar una clase de verano en filosofía del derecho. Entonces pasaba la mayor parte de mis horas conscientes en la biblioteca de la escuela de derecho, porque era el editor de la revista de la escuela, y Devlin estaba frecuentemente en la biblioteca preparando su próximo curso. Él tenía en sí tanta filosofía y energía que necesitaba hablar con alguien, y yo era el interlocutor afortunado y gustoso. A través de Devlin, aprendí que la filosofía del derecho podía ser emocionante. Mi primer escrito trata la postura de Hart como un análisis expresivista de los enunciados jurídicos internos. Esta fue una idea de John que tomé y desarrollé. Sencillamente, llené los detalles históricos con los que John no pudo lidiar por ser demasiado inteligente e impaciente. No hubiera escrito al respecto si no hubiera encontrado que otras personas —Joseph Raz y Michael Smith— también tuvieron la idea antes que John.

Lo que John me permitió ver es que mucha de la teorización metaética que muchos filósofos estaban desarrollado en el momento, incluyendo mis profesores en Michigan, era muy relevante y aplicable a la jurisprudencia general. Así como deberíamos teorizar acerca de nuestro pensamiento, lenguaje y prácticas morales, desarrollando la mejor semántica, epistemología y metafísica disponible, así también deberíamos estudiar y teorizar acerca del lenguaje, el pensamiento y las prácticas jurídicas empleando estas teorías. John también me

KEVIN TOH

condujo a ver que Hart fue en realidad la última persona en haberlo hecho, y que quedaba por hacer mucho trabajo. Estar ubicado en Michigan me daba una posición ideal, dado que muchos de los teóricos líderes en metaética estaban allí. Aprendí tan bien como pude los asuntos de la metaética de Steve Darwall, Allan Gibbard, David Hills, Peter Railton y David Velleman. El trabajo de Allan me fue particularmente útil, pues exploté los paralelos entre su teoría y la de Hart. Steve y los dos Davids se volvieron mis asesores primarios e interlocutores, y Allan siempre estuvo tras los bastidores proporcionándome críticas devastadoras cada dos meses. Además de John De-
vlin, debo incluir a Ted Hinchman, Nadeem Hussan, Gerhard Nuffer y Nishi Shah. No pude haber sido más afortunado, y aún me lamento de no haber sacado todo el provecho a la buena fortuna de entonces. El departamento de filosofía de Michigan durante los noventa, con su corredor amplio y las puertas siempre abiertas dando la bienvenida en ambos lados del pasillo, sigue siendo mi comunidad filosófica ideal. Era como un bazar de ideas creativas.

3. ¿Cuáles son las áreas y temas en los que ha trabajado en filosofía jurídica? ¿Cuáles han sido sus mayores influencias?

Algunos historiadores y novelistas especulan acerca de cómo sería el mundo si algunos de los eventos históricos hubieran ido en una dirección diferente a la que realmente tomaron; por ejemplo, si el Tercer Reich hubiera ganado la Segunda Guerra Mundial. Y algunos de mis músicos favoritos de jazz componen e interpretan la clase de música que se hubiera desarrollado si John Coltrane no hubiera nacido. Mi investigación y escritos han sido en jurisprudencia general; de alguna forma he tratado de desarrollar una teoría jurídica, y también una agenda teórica, que pienso se hubiera desarrollado si Ronald Dworkin ni Joseph Raz no hubieran acontecido. Creo que existe una agenda de investigación en filosofía jurídica que ha sido abandonada por el dominio de Dworkin y Raz en la filosofía jurídica contemporánea, y creo que esta agenda alternativa puede ser una alternativa más disciplinada y productiva que la que se desarrolló en el mundo anglófono. Algunas personas, como Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin en Argentina desarrollaron la agenda de inves-

KEVIN TOH

tigación alternativa, pero su trabajo es bastante desconocido en el mundo anglófono. Espero que algún día cercano la colección de artículos de estos dos filósofos sea traducida y publicada en inglés. He urgido a los editores de Oxford University Press que comisionen tal colección, pero aún no me han respondido.

De forma más específica, a través del trabajo de Dworkin, Raz y sus seguidores, creo que dos asuntos jurisprudenciales distintos se han combinado en la jurisprudencia general anglófona. Uno tiene que ver con qué clase de hechos generan o constituyen que una comunidad tenga un sistema jurídico o tenga normas jurídicas. El otro tiene que ver con a qué consideraciones necesitamos apelar para responder preguntas jurídicas de primer orden. Hart explícitamente nos alertó en contra de la combinación de ambos tipos de preguntas, y trató de enfatizar la distinción entre enunciados jurídicos internos y externos, o la distinción entre el punto de vista interno y externo. Esta distinción es común, pero ha sido abandonada por la teoría jurídica contemporánea, y creo que la pérdida resultante en la comprensión teórica ha sido bastante relevante. En algunos de mis escritos he tratado de revivir y enfatizar la importancia de la distinción, y esquematizar sus implicaciones. Como Alchourrón y Bulygin, creo que muchas de las críticas más influyentes a Hart de Dworkin y Raz se desvían o se disuelven cuando la distinción es observada cuidadosamente. Y con esta distinción firmemente en su lugar, podemos desarrollar una jurisprudencia general en las formas que Dworkin y Raz han sacado de la agenda.

Por ejemplo, si distinguimos entre los enunciados jurídicos internos y externos, nos damos cuenta de que sus significados son diferentes, y que los enunciados jurídicos internos pueden ser enunciados normativos, que pueden ser muy diferentes de los enunciados jurídicos externos, que son descriptivos. Hart en realidad caracterizó los enunciados jurídicos internos como enunciados normativos. Y una vez que entendamos esto, las críticas de Dworkin de que Hart es incapaz de explicar lo que Dworkin denomina “desacuerdos teóricos” —los cuales son básicamente desacuerdos acerca de lo que el derecho es, que persisten incluso cuando los interlocutores están de acuerdo en todos los asuntos fácticos— colapsa. Esta crítica está muy arraigada en los filósofos contemporáneos, quienes no toman

KEVIN TOH

demasiado en serio la insistencia de Hart en que los enunciados jurídicos internos y externos difieren en su significado, y que los enunciados internos son enunciados normativos. Como dije en mi respuesta a la última pregunta, John Devlin me condujo a ver que Hart ofrecía un análisis expresivista de los enunciados internos. Y un análisis expresivista es, antes que nada, un análisis que representa el conjunto objetivo de enunciados como enunciados normativos.

4. ¿Cuál es el futuro de la filosofía del derecho? ¿Qué problemas piensa que debería recibir mayor atención en los próximos años? ¿Cuáles cree usted son las formas más útiles de aproximarse a estos problemas?

En mi respuesta a la primera pregunta, distinguí toscamente tres áreas generales de la filosofía jurídica. Mi esperanza es que en estas tres áreas exista un trabajo cada vez más sofisticado. Estoy muy feliz por el hecho de que algunos de los metafísicos más importantes ahora estén interesados y escribiendo sobre la causalidad en derecho. Existen también algunos trabajos grandiosos en filosofía del derecho penal que están tomando provecho de la filosofía de la acción y la sicología moral. También estoy muy emocionado con el trabajo que Mitch Berman está haciendo en la filosofía de los deportes, pues creo que sus escritos tienen implicaciones profundas e interesantes sobre la naturaleza de las reglas o normas y su lugar en nuestras prácticas y pensamientos prácticos. Espero que muchos de estos trabajos se sigan haciendo, y que siga existiendo mayor intercomunicación entre la filosofía del derecho y otras subáreas de la filosofía.

Creo que uno de los mayores escollos para el mayor crecimiento y maduración de la filosofía jurídica es sociológico. Muchos filósofos del derecho trabajan en escuelas de derecho, y por esta razón necesitan responder a los intereses de sus colegas abogados, quienes constantemente demandan que la filosofía del derecho sea “relevante” para lo que ellos hacen. En efecto, los académicos jurídicos quieren que la filosofía del derecho tenga implicaciones directas y muy obvias sobre cómo los casos jurídicos reales deben ser decididos, o cómo las doctrinas jurídicas deben ser reformadas. Pero esto, al menos para la jurisprudencia general, no es una demanda muy

KEVIN TOH

saludable. Sería análogo a solicitar que el trabajo de los filósofos de la ciencia o de las matemáticas debieran mostrar cómo las teorías que desarrollan resuelven problemas de primer orden científico o matemático. Una teoría de jurisprudencia general puede no tener implicaciones de primer orden, las implicaciones de primer orden pueden ser bastante indirectas y requerir numerosas y relevantes hipótesis y teorías auxiliares. La situación aquí no es diferente de aquellas teorías de la filosofía de la ciencia, la filosofía de las matemáticas y de la metaética. Por estas razones, mostrar un interés obvio y directo en las implicaciones de primer orden no debe ser considerado *de rigeur* para las teorías de la jurisprudencia general. Algunos géneros de la música, como el blues y el flamenco, han sufrido en sus desarrollos porque sus productores y consumidores han demandado y valorado una virtud particular, aquella de la “autenticidad”, sobre todas las demás. Creo que algo similar ha ocurrido en la jurisprudencia general, porque un conjunto muy influyente de sus consumidores ha demandado constantemente y valorado una virtud, aquella de la “relevancia”, sobre todas las otras.