

ENTREVISTA A FREDERICK SCHAUER

INTERVIEW TO FREDERICK SCHAUER

Nicoletta Ladavac

Nicoletta Ladavac: *Comencemos pidiéndole que describa su destacada e intensa carrera académica, en particular para recordarnos los momentos más importantes y sobresalientes que le valieron reconocimiento no sólo en los Estados Unidos, sino también en la comunidad académica europea.*

Frederick Schauer: Dejaré que otros decidan si mi carrera ha sido destacada e intensa y que determinen si soy o no reconocido. Pero básicamente no había pensado en ser un académico en absoluto. Fui abogado practicante en Boston, y después de varios años de práctica comencé a darme cuenta de que nunca había suficiente tiempo ni dinero que me permitiera profundizar, como yo hubiera deseado, en los problemas que estaba tratando. Fue en ese punto en el que me di cuenta que estaba destinado a ser un académico y no un «verdadero» abogado de carrera. Sin embargo, siempre he pensado que mi relativamente corta (poco menos de tres años) pero intensa carrera como abogado practicante, con varias intervenciones en los tribunales de primera instancia y de apelación, con casos importantes bajo mi inmediata responsabilidad, además de un considerable contacto directo con los clientes y otros abogados, me ha permitido apreciar cómo funciona realmente el derecho, apreciación que describe gran parte de mi trabajo académico.

En Estados Unidos los juristas académicos típicamente no tienen, y ciertamente no tenían entonces, estudios formales de posgrado más allá del grado básico en derecho. En Norteamérica el grado básico en derecho es un título de grado, y la mayoría de los estudios en derecho son a nivel de grado, pero el punto es que la formación profesional pone poca atención en la genuina investigación académica. Como resultado, los primeros esfuerzos académicos de muchos —incluso quizás de la mayoría— de los juristas norteamericanos están centrados en temas que surgieron durante sus años pre-académicos en la práctica legal. En mi caso, he pasado considerable parte de mi tiempo (más que unos pocos, menos que la mayoría) como abogado trabajando en la defensa de la persecución criminal de la obscenidad y la pornografía. Como consecuencia, mi primer trabajo académico trató sobre las técnicas legales y constitucionales de este tema (*The Law of Obscenity*, BNA Books, 1976), el cual después se amplió a una investigación sobre los tecnicismos y matices legales y constitucionales de la libertad de expresión y de prensa. En ese punto partí a un sabático, a principios de la década de 1970, donde pasé la mejor parte de dos años en Cambridge, Inglaterra, al inicio con el objetivo de escribir sobre las dimensiones más filosóficas y teóricas de la libertad de expresión. Lo que surgió no sólo fue un libro (*Free Speech: A Philosophical*

Enquiry, Cambridge University Press, 1982), sino también mi convicción de que la genuina y creativa independencia académica con frecuencia implicaba desafiar el saber convencional. Por supuesto que a menudo el conocimiento convencional es correcto, y debo decir que tengo poco aprecio por aquellos que lo desafían únicamente por ir en contra y ser diferentes. Pero también es cierto que a menudo el saber convencional está abierto a los desafíos y a los cuestionamientos, pero tales desafíos y cuestionamientos no se presentan simplemente a causa de presiones psicológicas, sociológicas o políticas que hacen convencional al ya convencional conocimiento. En tales casos el trabajo de los académicos está en presentar esos retos; en este contexto, la estabilidad en el empleo cumple la función de que los académicos destacados faciliten dichos desafíos. Y así, en aquel momento, y especialmente en los Estados Unidos, el saber académico convencional sostenía que la libertad de expresión se consideraba un bien trascendente y cuanto más libertad de expresión, mejor sería la sociedad. Pero ese libro, junto a mis escritos de esa época, cuestionaba ese supuesto básico y tomaba a la libertad de expresión como un tema para ser investigado más que como un beneficio obvio que debía ser promovido. Después de todo, el hecho de que los Estados Unidos sea un caso atípico respecto a la fuerza de su compromiso con la libertad de expresión —a menudo, incluso a costa de otros intereses legítimos— sugiere que el enfoque americano es casi incuestionable. Entonces algunas de mis investigaciones llegaron a simpatizar con el principio de libertad de expresión, pero otras estaban decididamente lejos de ello, y considero que este trabajo, que todavía ocupa una parte considerable de mi vida académica, refuerza mi perspectiva de que el trabajo académico serio sigue a la investigación donde ella conduzca, se rehúsa a confundir que algo es valioso sólo porque es mencionado, y reconoce el valor de cuestionar lo que se encuentra ampliamente dado por hecho. En mi caso, esto no sólo me ayudó a hacer lo que creo que siguen siendo algunas contribuciones útiles para pensar la libertad de expresión, sino también a descubrir un estilo académico que congenia con mis metas y con aquellos talentos que pueda tener.

Aunque sigo pensando y escribiendo sobre la libertad de expresión, ahora más bien desde una perspectiva comparada o filosófica que parte de la teoría del derecho —definitivamente no desde la apología del concepto—, comencé también hace algunos años a escribir sobre teoría e interpretación constitucional. De nuevo, intenté alejarme de la modalidad de apología del pensamiento constitucional americano —especialmente del que se manifestó durante las décadas de 1960, 1970 y 1980—, traté de pensar de manera más crítica sobre qué son realmente las constituciones, cómo funcionan, y qué formas de constitución e interpretación constitucional serían útiles en qué lugares, en qué épocas y para qué propósitos. Esto me condujo nuevamente a la visión americana que en ese momento prevalecía; el de ver las virtudes del constitucionalismo a partir de sus normas y de comprender el lenguaje de una constitución de manera más formal o incluso más literal, más bien como un método que tiene como idea central de constitucionalismo la limitación del poder oficial. En los Estados Unidos solía ser común generalizar las decisiones de la Suprema Corte de los años 1950, 1960 y 1970, especialmente concluir que el constitucionalismo y la revisión judicial eran fuerzas necesarias para el bien, lo cual es algo coyuntural dependiendo de los casos particulares, de los jueces particulares y de las épocas particulares. Una vez que reconocemos esto, tal vez comencemos a apreciar a las constituciones como limitaciones a la judicatura así

como al poder oficial, y también a reconocer que sólo pueden servir a este propósito si su lenguaje es tomado seriamente y, con frecuencia, literalmente.

De esta manera, mi trabajo sobre las posibilidades del literalismo y sus (contingentes) virtudes, las de las reglas, así como las del formalismo jurídico comenzaron en el derecho constitucional. No obstante mi, entonces fuera de moda, simpatía con el (con un cierto tipo de) formalismo y con la toma de decisiones basada en reglas me llevaron a considerar estos temas y perspectivas más ampliamente. Lo que surgió fue mi exploración menos centrada en la dogmática jurídica y más enfocada a la filosofía de la noción de regla y de la toma de decisiones a partir de reglas (*Playing By the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision Making in Law and in Life*, Clarendon, Oxford, 1991). A partir de la aplicación de estos análisis explícitamente más filosóficos para el derecho, comencé a desarrollar intereses relacionados —pero en cierto sentido más amplios—, sobre el razonamiento jurídico en general. Procedí a escribir más sobre reglas, pero también a explorar asuntos sobre autoridad jurídica y moral para analizar la idea de toma de decisiones basada en precedentes en contextos jurídicos y no jurídicos, a profundizar en los temas de interpretación jurídica con respecto a ambos estatus y en relación con las decisiones judiciales. En todo ello, no estaba especialmente preocupado por los resultados jurídicos sustantivos, ni en áreas particulares del derecho, sino más bien estaba interesado en los métodos del razonamiento jurídico y en los argumentos que entonces eran (o que siguen siendo ahora) la norma. Parte de este pensamiento se reflejó en un libro sobre el uso de categorías y generalizaciones en la toma de decisiones en general (*Profiles, Probabilities, and Stereotypes*, Harvard, 2003), y otro con una visión más amplia centrado en el análisis de los mecanismos característicos del razonamiento jurídico (*Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*, Harvard, 2009), este último libro va dirigido tanto a estudiantes de derecho y abogados como a académicos, y trata ideas académicamente útiles sobre reglas, precedentes, autoridad, razonamiento jurídico del *common law*, interpretación y mucho más.

Recientemente me he centrado más en las persistentes preguntas en torno a la teoría del derecho¹. Y congruente con mi inclinación a desafiar el conocimiento convencional —sin dejar de estar metodológicamente vinculado a ese conocimiento—, desde hace varios años he estado tratando de recuperar la importancia del enfoque de Bentham y Austin, específicamente el lado coercitivo del derecho. Las dimensiones del derecho coercitivas o basadas en la sanción o en la fuerza recientemente han sido sujetas a denigración, en parte como resultado de algunas de las conclusiones de

¹ Hago notar que prefiero usar el término «teoría del derecho» [*Jurisprudence*] al más popular actualmente de «filosofía del derecho». Aunque gran parte de mi trabajo jurisprudencial es filosófico en enfoque y método, y aunque gran parte trata de conectar asuntos del derecho con preguntas persistentes de filosofía política y moral, filosofía del lenguaje, epistemología, y filosofía de la ciencia, me preocupa sobremedida que gran parte de la filosofía del derecho moderna permanece distante de otras formas de analizar de manera más amplia y profunda temas sobre la naturaleza y operación del derecho y, muy frecuentemente, se utiliza al derecho como ejemplo para categorías, conceptos y problemas que responden principalmente a preocupaciones de filósofos. El derecho produce sus propios temas y sus particulares problemas, y desde luego que es importante examinarlos con métodos filosóficos y aprovechar los beneficios que dan las conclusiones de la filosofía. Ahora bien, observando la naturaleza del derecho en los sistemas jurídicos y la singularidad de los temas doctrinales, considero que no es necesaria una labor filosófica, y me inquieta que son muchos los que utilizan el término «filosofía del derecho» como sinónimo de jurisprudencia a efecto de promover teorías del derecho que producirían una lamentable hegemonía filosófica sobre una temática que se comprende mejor cuando se incluye algo más que sólo filosofía.

H. L. A. Hart en *The Concept of Law*, y principalmente por aquellos que han seguido los pasos de Hart. Es muy frecuente en estos días que al hablar sobre coerción y fuerza en los círculos jurisprudenciales se asuma que se ha cometido el absurdo error que Hart afortunadamente corrigió. Pero para mí lo que distingue al derecho de otras instituciones sociales y gubernamentales es precisamente su capacidad para respaldar sus prescripciones con la fuerza y la coerción; incluso si Bentham y Austin estaban equivocados en pensar que esto explicaba todo el derecho, también parece incorrecto creer que explica muy poco. Gran parte de esta perspectiva la he reunido en un libro, *The Force of Law*, publicado por Harvard University Press en 2014.

En todo este programa de investigación, como en mi enseñanza y discurso, trato de no seguir a la multitud y de ver el valor en aquello que quizás otros ignoren o menosprecian. Si puedo hacer esto con claridad de pensamiento, con claridad de exposición, con poca parcialidad y con mucha justicia para las posiciones contrapuestas, entonces sentiré que mi vida académica ha valido la pena.

N. L.: *Sus temas de interés son el derecho constitucional, la prueba, el razonamiento jurídico, teoría y filosofía del derecho y actualmente sus cursos en la Universidad de Virginia son sobre prueba, teoría del derecho y derecho constitucional. ¿Hay algún tema en el que esté más interesado, y cuál de esas asignaturas encuentran más interesantes los estudiantes y por qué motivos?*

F. S.: Estoy interesado en todos esos temas, aunque mis intereses particulares y el peso que ellos tienen naturalmente varían a lo largo del tiempo. De todos esos temas, el de la prueba es de alguna manera el más novedoso para mí, y por tanto es en el que tengo mayor interés actualmente. La prueba es un tema singular, en el sentido de que rara vez existe como asignatura fuera del mundo del *common law*, e incluso en el mundo del *common law* su importancia parece disminuir tal y como ha sucedido con la institución del jurado. Después de todo, Estados Unidos es el único país que conserva al jurado civil en sentido amplio, incluso algunos países del *common law* —Israel y Sudáfrica, por ejemplo— no tienen jurados ni siquiera para casos criminales. De hecho, en los Estados Unidos, el derecho probatorio a menudo se piensa que es poco más que una colección de reglas técnicas con un interés teórico muy limitado. Pero para mí, el derecho probatorio es epistemología aplicada, en él se manifiestan todas las complejidades de la epistemología en el ejercicio de la toma de decisiones prácticas. Así, temas como el papel de las máximas de experiencia y de autoridad, el uso de estadísticas, y la intersección entre las reglas de la prueba y la psicología de la toma de decisiones son de gran importancia dentro y fuera del sistema jurídico formal.

A los estudiantes les suelen gustar los cursos del derecho probatorio, en parte porque el tema parece útil para su futura carrera profesional, y además porque los contenidos y ejemplos son accesibles, dramáticos y en ocasiones entretenidos. También les gusta porque hay respuestas correctas e incorrectas; hay algo alentador en saber que existe un derecho duro, en el sentido de que existen respuestas «reales» a las preguntas que plantea el derecho probatorio. Por el contrario, los estudiantes a menudo se sienten frustrados con el derecho constitucional, especialmente con el que existe en los Estados Unidos. Los estudiantes saben que la asignatura se ocupa de muchos de los asuntos políticos, sociales, culturales, morales y jurídicos más importantes de nuestro tiempo, y saben que el tema plantea muchas de las preguntas más dramáticas relaciona-

das con el poder del gobierno pero, cuando menos en su versión americana (y también en muchos otros lugares), a los estudiantes les parece que el derecho constitucional simplemente tiene que ver con preferencias políticas, morales y sociales, y no sobre derecho «real». De hecho, una de las razones por las que disfruto de enseñar la asignatura es porque se relaciona muy bien, como muchos politólogos han demostrado, con las demandas centrales del realismo jurídico americano, el cual destaca la importancia de perspectivas pre-jurídicas o extra-jurídicas, políticas, sociales, personales, psicológicas y económicas, y en consecuencia, subraya la menor relevancia de las reglas y de la doctrina jurídico-formal. La importancia relativa de estos factores por supuesto varía con el tiempo, el lugar, el juez, el asunto, entre otros, aun con ello, en muchos aspectos las decisiones de la Suprema Corte de los Estados Unidos en temas como la libertad, equidad, privacidad, religión, con el poder ejecutivo, y muchos más, son ejemplos que muestran la fuerza de las reivindicaciones del realismo jurídico. Esto hace que los estudiantes de derecho a menudo se sientan frustrados; no obstante, es importante que conozcan no sólo la toma de decisiones constitucionales en el más alto nivel sino también que sepan que, debajo de ese nivel, suelen existir más reglas y más precedentes que fundamentan la toma de decisiones más allá de lo que ellos se dan cuenta.

Cuando enseñé teoría del derecho, paso la mitad del curso en los temas clásicos: teoría del derecho, positivismo y derecho natural, la obligación (si la hay) de obedecer el derecho, reglas primarias y secundarias, norma fundamental (*Grundnorm*) y reglas de reconocimiento, entre otros. No obstante, el resto del curso trata acerca del razonamiento jurídico, nos concentramos en la función e interpretación de las reglas, en la naturaleza de la autoridad, el uso de precedentes, el realismo jurídico, *common law* versus derecho romano-germánico, y otros temas relacionados. A los estudiantes esto les parece importante para la práctica y teóricamente relevante, con lo cual quedo satisfecho y en ocasiones hasta sorprendido por su buena receptividad. Considero que es un error pensar en la teoría del derecho únicamente como teoría del derecho general —que sería necesariamente aplicable a todos los sistemas jurídicos posibles en todos los mundos posibles—. Ello no toma en cuenta que hay cuestiones teóricas y filosóficas propias de sistemas jurídicos particulares o de familias de sistemas jurídicos y, aunque algunos alumnos describirían esto como jurisprudencia «particular», creo que también es un error menospreciar implícita o explícitamente esta postura. Más allá de si estoy de acuerdo o en desacuerdo con los argumentos de Ronald Dworkin, le aplaudo por la manera en que desvergonzadamente se comprometió en lo que otros menospreciarían meramente como jurisprudencia particular. Así, cuando enseñé un curso de teoría del derecho, trato de resaltar el lado teórico del método jurídico, la toma de decisiones jurisdiccionales y lo que distingue al derecho de otras instituciones sociales o normativas. Para mí, esto es gran parte de la teoría del derecho, y por tanto gran parte de lo que incluyen mis cursos sobre ella.

N. L.: *Usted tiene un amplio y profundo interés en la filosofía del derecho. ¿Puede recordar las razones de estos estudios, cuándo comenzó a interesarse en la filosofía del derecho y por qué? ¿También está interesado en la sociología, en particular en la sociología del derecho, y en la psicología del derecho? ¿Hay alguna conexión entre estos temas?*

F. S.: No tengo en absoluto una formación formal en filosofía, pero creo que cuento con cierta habilidad en el pensamiento y razonamiento filosófico, especialmente en

la dimensión analítica. Así, primero comencé leyendo y aprendiendo sobre filosofía en trabajos relacionados con las dimensiones filosóficas de la libertad de expresión. A partir de ahí mis intereses se han ampliado, y debo decir que estoy enamorado de la visión y de la precisión del mejor pensamiento filosófico. Cuando enseñaba en la Universidad de Michigan en los años ochenta, era parte de un grupo de discusión de filosofía moral («Ethics Luch», como era llamado entonces), después de una de las sesiones el ya fallecido William Frankena, uno de los grandes filósofos morales de su generación, hizo a otra persona el siguiente comentario sobre mí: «Él es un pensador claro». Ese es el mejor cumplido que he recibido.

Especialmente en lo que respecta al derecho, los métodos y visiones filosóficas pueden llevarnos lejos en la comprensión, pero sólo hasta cierto punto. Existen importantes preguntas empíricas y comparativas que no pueden ser respondidas únicamente con herramientas filosóficas. Las intuiciones no son datos. Y es así como me he interesado mucho en utilizar los resultados de la investigación proporcionada por psicólogos sociales y cognitivos. Es importante reconocer que con mucha frecuencia el rigor de los experimentos controlados nos proporciona información que no podríamos conseguir de otras maneras.

También puede ser muy valioso el trabajo no experimental sobre los efectos del derecho, o sobre los factores que influyen en la toma de decisiones jurídicas que realizan economistas empíricos y politólogos empíricos, a menudo también me baso en esas investigaciones. Aun siendo más cualitativa, en teoría se podría decir lo mismo sobre la investigación empírica realizada por sociólogos y antropólogos. No obstante, en la práctica la antropología y sociología en general se han convertido en disciplinas extremadamente politizadas, y esa politización y la consiguiente atención a las controversias políticas y culturales actuales, a menudo se interpone en la perspectiva y perdurabilidad de las contribuciones académicas. Aunque soy consciente de que la observación empírica suele tener una fuerte carga teórica, estoy lejos de renunciar a la distinción entre hecho y valor, entre el «es» y el «deber ser», y entre la descripción (y explicación) y la prescripción. Por tanto, aunque encuentro útiles para las cuestiones que analizo algunas partes de la sociología moderna del derecho, me parece también que otras partes de la sociología contemporánea del derecho son demasiado políticas, o demasiado postmodernas —o ambas—, para mis gustos, creencias y proyectos.

N. L.: *Su producción en la teoría del derecho es muy amplia: más de 130 artículos y ensayos críticos, alrededor de 14 capítulos de libros, también ha editado dos importantes volúmenes de la filosofía del derecho y ha publicado varios libros que han sido traducidos a diferentes idiomas. ¿Cuál de sus muchas obras destacaría y por qué razón? Dos de sus libros son muy significativos para la filosofía del derecho: Playing by the Rules (1999) y Force of Law (2014). ¿Cuáles son sus puntos en común y puede describir la evolución de su pensamiento en la filosofía del derecho en los dos volúmenes?*

F. S.: Creo que mi producción académica —medida en palabras, páginas y artículos, y no en ideas— ha sido amplia en parte por mi inseguridad. Me preocupa que nadie vaya a prestar atención a lo que digo o escribo y, quizás por ello, creo que el volumen de la producción lo podría compensar. Pero también me siento muy afortunado. Recibir un pago por pensar, escribir e incluso enseñar es un gran privilegio, y quiero estar seguro de ganarme tal privilegio.

Estoy orgulloso de todos mis libros, al menos hasta ahora, porque creo que han sido hechos con cuidado, con rigor y desapasionadamente. También estoy orgulloso de ellos porque todos han sido escritos como libros, y no como colecciones de artículos previamente publicados. No todas las ideas merecen libros, y me gusta pensar que mis libros están escritos para aprovechar la forma de un libro, con argumentos amplios y temas continuos. En cuanto a los artículos, tal vez estoy más orgulloso de los que tratan sobre el razonamiento jurídico, incluiría entre otros: «Slippery Slopes» (*Harvard Law Review*, 1985), «Precedent» (*Stanford Law Review*, 1987), «Formalism» (*Yale Law Journal*, 1988), «Exceptions» (*University of Chicago Law Review*, 1991), «Giving Reasons» (*Stanford Law Review*, 1995), «The Limited Domain of the Law» (*Virginia Law Review*, 2004), «Do Cases Make Bad Law?» (*University of Chicago Law Review*, 2006), «A Critical Guide to Vehicles in the Park» (*New York University Law Review*, 2008), «Legal Realism Untamed» (*Texas Law Review*, 2013), y «On the Open Texture of Law» (*Grazer Philosophische Studien*, 2013). Identificar un tema de análisis y reflexión que se desarrolla a través de diferentes temáticas y áreas del conocimiento es algo para lo que creo que soy bueno, y todos estos artículos son ejemplo de ese estilo. Al respecto pienso en *Playing By the Rules* (el título completo es *Playing By the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Clarendon/Oxford, 1991) más como un trabajo sobre el razonamiento jurídico que como una obra de filosofía del derecho como tal. De hecho, creo que más bien trata sobre el razonamiento con reglas en general, y no sólo sobre razonamiento jurídico con reglas.

En ese libro intenté, sin mucho éxito, redefinir el positivismo ofreciendo un enfoque basado en la visión de Bentham según la cual el positivismo trata más bien acerca de la toma de decisiones sobre la base de un conjunto limitado de reglas atrincheradas y reconocidas, un conjunto más pequeño que el conjunto de cuestiones políticas, morales, económicas y otras consideraciones de política pública aceptadas por la sociedad. Aun creo que esta concepción de positivismo es fiel a Bentham y, más importante aún, captura algunos rasgos distintivos del derecho. Curiosamente, esta concepción del positivismo es la que emplea Ronald Dworkin, aunque difiero con él sobre su precisión empírica. Ahora bien, reconozco que mis intentos de conceptualizar el positivismo de esta manera han tenido poca aceptación.

El tema más amplio de *Playing By the Rules* tiene que ver con la manera en que las reglas funcionan como mecanismos de control y distribución del poder. Estos temas continúan en *The Force of Law* (Harvard, de próxima publicación, 2014), que muestra los intereses más recientes de mis escritos en las dimensiones filosóficas y empíricas en relación con la obediencia al derecho. En cuanto a la obediencia al derecho se han dicho muchas tonterías, a veces normativamente pero más a menudo empíricamente por lo que quise incluir alguna aclaración conceptual muy necesaria. No obstante, lo que persiste en ambos libros es la nada romántica y apologética visión sobre las reglas y el derecho. Tanto las reglas como el derecho hacen que las personas hagan cosas que no quieren hacer, y esto a veces es algo bueno y otras veces es algo malo. Si puedo ayudar a la gente a ver cuándo las restricciones basadas en reglas o basadas en el derecho son buenas y cuándo no lo son, entonces ambos libros habrán sido un éxito.

N. L.: *En el ámbito del derecho ¿qué clase de jurista se considera a sí mismo?*

F. S.: Hace algunas décadas Robert Summers observó que ha habido un abuso y mal uso de los términos «positivismo» y «derecho natural», y que tal vez sería mejor descartarlos por completo. Recientemente John Finnis y Joseph Raz han dicho cosas similares. Y aunque pienso que hay una verdad importante en el positivismo tal como lo entendió y etiquetó Bentham a principios del siglo XX, me sumo con gran simpatía a lo que dicen Summers, Raz y Finnis, no sólo porque los términos «positivismo» y «derecho natural» han sido utilizados para referirse a cosas tan distintas que han terminado por cambiar su sentido, sino también porque fomentan la tendencia a etiquetar teóricos en uno u otro bando, como si fueran los equipos competidores en la final de la Copa Mundial. Así, aunque probablemente sea el caso de que tenga más en común con los etiquetados como «positivistas» que con aquellos que llevan la etiqueta del «derecho natural» —más con Bentham que con Aquino— me gusta pensar que mis aportaciones mantienen trazos de todos ellos. Ahora bien, tal y como Aquino y Bentham reconocen el derecho es un fenómeno distinto y es ese fenómeno social el que trato de comprender. De cierta manera eso me convierte más en un positivista, pero no más de lo que debo ser.

N. L.: *¿Cuál ha sido su principal contribución a la teoría del derecho?*

F. S.: Tal vez eso lo deberían responder otros. Pero si me preguntas, probablemente tiene que ver con ayudar a comprender la naturaleza de las reglas, en ayudar a entender otros estilos característicos del razonamiento jurídico y de la argumentación (como el precedente, el uso de criterios de autoridad, la carga de la prueba, la diferencia entre *common law* y derecho romano-germánico, etcétera), además de tratar de entender qué distingue al derecho *qua* derecho de otras instituciones sociales, de otras instituciones gubernamentales, y de otros mecanismos de control social. Niklas Luhmann definitivamente estaba en ello al tratar de identificar y explicar las características definitorias del derecho. El derecho existe como una profesión diferenciada sociológica, procesal y normativamente en la mayoría de los países desarrollados, y me temo que gran parte de la teoría del derecho contemporánea no ha enfocado su trabajo académico a analizar lo que ello significa y cómo deberíamos entenderlo. Y cuando la teoría del derecho contemporánea aborda la naturaleza de la diferenciación del derecho (que definitivamente no es una delimitación rígida²), lo ha hecho de una manera muy poco satisfactoria. Creo que, si puedo aportar a ese esfuerzo, tendré una buena contribución.

El enfoque en mis más recientes escritos sobre el papel de la fuerza, las sanciones, la coerción, y la obligación en el derecho es parte de este proyecto de tratar de identificar y explicar la diferenciación del derecho. Coexistimos en un entorno en el que hay muchas reglas, normas y prescripciones y, a menudo, estas reglas, normas y pres-

² Es un error suponer que la diferenciación implica establecer los límites o la existencia de fronteras nítidas que no se superponen. Como gran parte de la investigación contemporánea sobre la vaguedad y los problemas *sorites* han demostrado que las fronteras borrosas son parte del mundo que habitamos, y parte de aparatos conceptuales que usamos para describirlo. Que hay casos poco claros del derecho y de la falta del derecho, y que la línea entre el derecho y la ausencia de derecho es difusa y cambiante. Esto no significa que el derecho, tal como existe en la realidad, no se diferencia de manera importante de otras instituciones sociales, culturales y prescriptivas.

cripciones son parte de un sistema más grande en el que hay, para usar la terminología de Hart, reglas primarias y secundarias. Pero en algunos aspectos esta caracterización puede describir y explicar no sólo el derecho, sino también la mafia, una asociación de fútbol, o la organización de la mayoría de las familias. Es inmensamente importante ver cómo el derecho se parece a estas y otras instituciones similares «no-jurídicas», y puede ser igualmente importante observar cómo el derecho difiere de ellas. De esta forma, enfocando la dimensión coercitiva del derecho y la manera en que el derecho puede monopolizar el poder coercitivo del Estado es como podemos avanzar en la importante y enorme tarea de explicar y teorizar sobre la diferenciación del derecho.

N. L.: *¿Quiénes han sido sus maestros y qué autores han influenciado mayormente su obra y por qué?*

F. S.: Estudié teoría del derecho con Lon Fuller aunque su influencia fue poca. Esto probablemente más por culpa mía que de Fuller, aunque creo que en esa etapa de su vida estaba demasiado amargado por el hecho de que el mundo de la teoría del derecho parecía haber tratado mucho mejor a Hart de lo que lo había tratado a él. Recientemente he apreciado mucho más la visión de Fuller. Y también lo han hecho otros, incluyendo a David Dyzenhaus, Leslie Green, Kristin Rundle y Jeremy Waldron. Fuller no era un pensador riguroso o un filósofo dotado naturalmente, pero sin embargo tenía una visión profunda e importante sobre cómo operaba el derecho, acerca de para qué era bueno el derecho y sobre qué tareas sociales serían mejor realizadas por otras instituciones. Y *«The Case of the Speluncean Explorers»* continúa siendo una obra maestra de la comprensión de los estilos o modelos en la toma de decisiones judiciales, un esfuerzo aún inigualable en visión y encanto después de más de sesenta años.

Fuller fue mi primera introducción a la teoría del derecho, pero desde entonces otros autores han tenido más influencia en mi pensamiento. He sido influido por la claridad de Hart y por su distinción básica entre reglas primarias y secundarias. He admirado el rigor lógico de Kelsen, y la perspectiva elemental de la norma fundamental. La audaz creatividad de Bentham y su intransigente estilo tiene mucho que decirnos, así como la importancia de comprender al derecho desde afuera y con poca simpatía por los precedentes. También he aprendido mucho de la iconoclasia de los mejores realistas americanos, así como del hecho de que sus afirmaciones empíricas crudamente expuestas han sido confirmadas por recientes y sofisticadas técnicas de investigación empírica. Y la lista podría ser mucho más larga. Estoy orgulloso de no ser miembro de ninguna-escuela, y de haber aprendido tanto de muchas.

N. L.: *¿Puede describir su relación con Hart, Llewellyn y Fuller? ¿Y con Raz y Dworkin?*

F. S.: He encontrado ideas muy valiosas en todos ellos. De Hart he aprendido sobre el componente empírico/fáctico de la última regla del reconocimiento, componente que diferencia a Hart de Kelsen y su norma fundamental; esta aportación de Hart resulta importante para la comprensión de las transiciones jurídicas modernas y para la fundamentación última, no jurídica sino fáctica, de cualquier sistema jurídico. También he adoptado ideas brillantes del análisis de Hart sobre la dimensión sistémica del derecho, así como de la unión de reglas primarias y secundarias, etc. También es importante la noción de «punto de vista interno», aunque debo decir que no es exclu-

sivo de Hart³, además de que no tiene el potencial explicativo sobre la naturaleza del derecho que Hart y otros piensan. Llewellyn es para mí el más reflexivo e importante de los realistas. Su más reciente trabajo (*The Common Law Tradition*, por ejemplo) no fue suficientemente reconocido porque se apartó del realismo fuerte de sus primeros escritos, pero el enfoque de Llewellyn acerca de la interacción entre las normas, la doctrina, y diversos factores institucionales, personales y profesionales sigue siendo relevante y en gran medida correcto. Fuller fue un intérprete magistral del enfoque instrumental de gran parte del derecho americano y de la toma de decisiones judiciales, y sus escritos sobre el lenguaje jurídico y las ficciones jurídicas, aunque a menudo desarrollados con un enfoque menos analítico del que me gustaría, son muy poco apreciados. La idea de razones excluyentes de Joseph Raz continúa siendo profundamente importante, aunque, como he discutido en *Playing By the Rules* y en otros lugares, se comprendería mejor si también se incorporan las «razones incluyentes», y tendría que entenderse así para permitir la exclusión parcial o presuntiva, aunque no absoluta. Por su parte, Ronald Dworkin, incluso más que Fuller, brinda la mejor relación descriptiva y explicativa sobre la fenomenología judicial —de cómo lo judicial se mira desde la perspectiva del juez— y cómo interactúan factores jurídicos y no jurídicos. De hecho, aunque pienso que Dworkin tal vez sea descriptivamente inexacto en su explicación de cómo lo jurídico se intersecta con lo no jurídico, y aunque incluye lo que llamo lo no jurídico dentro de lo jurídico, el hecho mismo de haber identificado esa intersección es propiamente algo sumamente influyente. También creo que su explicación del positivismo en *The Model of Rules* es, desde entonces, la explicación analítica más importante e históricamente más precisa del positivismo jurídico, incluso para alguien como yo que piensa que Dworkin está equivocado al considerar, en el sentido señalado, que el positivismo ofrece una imagen inexacta de la naturaleza de la aplicación del derecho y de la naturaleza de la argumentación jurídica.

N. L.: *¿Puede recordar su relación con el positivismo jurídico y el derecho natural?*

F. S.: Como señalé anteriormente, no creo que sea útil dividir a la teoría del derecho en estas categorías. Creo que ambas perspectivas tienen mucho que enseñarnos; considero que tener una perspectiva del derecho necesariamente influida por la moral, como vemos en las propuestas de Fuller y Dworkin, podría ser una perspectiva muy valiosa para un abogado o un juez; de la misma manera, entender el derecho de un sentido más descriptivo —como la mayoría en el positivismo—, es muy valioso para aquellos que se encuentran fuera del sistema jurídico, como podrían ser los diseñadores de instituciones que tiene que decidir cuándo utilizar esquemas de toma de decisión jurídicas y cuándo no.

Si ya estás dentro del sistema jurídico, como abogado o juez, por ejemplo, sería moralmente bueno comprender tu deber de una manera que necesariamente involucre el componente moral. Pero si estás valorando al derecho desde una posición externa, y decidiendo si ser un abogado, o lo que sea que implique participar en la toma de decisiones en instituciones jurídicas o de otro tipo, entonces es importante ser capaz de

³ Se pueden encontrar rastros de esta noción en los escritos de los años treinta de Roscoe Pound, por ejemplo, y un poco después, pero aún pre-Hart, en Arthur Goodhart, predecesor de Hart como profesor de *Jurisprudence* en Oxford. También pueden encontrarse a finales de la década de los treinta *The Theory of Rules* (University of Chicago, Press, 2011) de Karl Llewellyn e, incluso, aparece en una lectura de John Austin.

contrastar moralmente al derecho, en vez de asumir que la ley como el derecho, tiene necesariamente un componente moral. El punto de vista es crucial, como William Twining nos ha recordado más que nadie, y entender que diferentes posiciones respecto al derecho cumplen funciones distintas según los diferentes puntos de vista, tal vez nos ayude a reconocer el valor del positivismo tradicional y el valor de algunos aspectos del derecho natural.

Incluso la cuestión del punto de vista podría ser muy útil para evaluar las contribuciones del realismo jurídico estadounidense, así como a sus predecesores en los escritos de François Geny o el trabajo del *Freirechtsschule*. El realismo jurídico, por ejemplo, puede parecer poco útil desde el punto de vista del juez como Hart y otros han señalado. Pero puede ser sustancialmente explicativo, desde la perspectiva del cliente o de la persona que define un curso de acción a la sombra del derecho, lo que Holmes conceptualizó como la perspectiva del «hombre malo», y de lo que Hart se burló al no reconocer el punto de vista interno.

N. L.: *¿Puede también explicar su punto de vista sobre la interacción entre el derecho y la ética?*

F. S.: Estoy de acuerdo con el positivismo clásico en cuanto a que podemos identificar algo como derecho al mismo tiempo que pensamos que es éticamente incorrecto o incluso malvado. De hecho, hasta los pensadores más destacados del derecho natural, como John Finnis o Tomás de Aquino —según la interpretación de Finnis— sostienen esta tesis, siempre y cuando se acepte la distinción que proponen entre el derecho de los humanos y el derecho en un sentido más profundo o superior. En mi caso veo al derecho como una forma de control y organización social, una que no tiene afinidad necesaria o naturalmente con lo que es moralmente correcto. Como Leslie Green ha insistido en algunas ocasiones, y especialmente en un importante artículo de 2008 en *New York University Law Review*, hay muchos aspectos en los que el derecho y la moral no se pueden pensar como algo separado. Estoy de acuerdo con él, pero también creo (como lo hace Green) que es esencial reconocer la manera en que se identifica a algún sistema como sistema jurídico, y en poder identificar una norma como norma jurídica, sin que sea necesario —ni tendría que serlo— el presuponer que ha satisfecho algún criterio moral. Éste es el núcleo que afirma el positivismo, y creo que está en lo correcto.

N. L.: *¿Qué piensa sobre los derechos morales?*

F. S.: Existen. Pero cuándo el sistema jurídico debería hacerlos cumplir, o si los jueces deben hacerlos cumplir, son cosas distintas, cultural y socialmente contingentes. La gente no está de acuerdo sobre qué derechos morales existen, además de que el derecho tiene una función «conclusiva» que sirve de manera muy importante para la resolución de problemas relevantes, incluso frente a un desacuerdo moral. Gran parte de la obra que he hecho con Larry Alexander subraya esa función conclusiva del derecho, y el papel que cumple el derecho al permitirnos decidir qué hacer frente a un desacuerdo moral profundo. De la existencia de un derecho moral no se sigue la conclusión de que está o debería estar incorporado al derecho, tampoco supone la conclusión de que los jueces deberían hacerlo cumplir, más aún cuando sus perspectivas sobre qué derechos morales existen pueden variar. Los jueces son personas, y una

de las funciones del derecho es garantizar, de manera culturalmente contingente, que los jueces y otras autoridades no tengan demasiada libertad para aplicar sus propios puntos de vista acerca de los derechos morales, que pueden ser contradictorios con el aparato coercitivo del Estado.

Por tanto, aunque algunas prominentes hebras de la teoría del derecho —Hans Kelsen, Jeremy Bentham y los realistas escandinavos—, cada uno de maneras muy distintas, eran escépticos sobre los derechos morales, o al menos (en el caso de Bentham) sobre los derechos distintos a aquellos que podrían ser generados por el utilitarismo, tales perspectivas tienen, en el mejor caso, una relación contingente con muchas de las preguntas importantes de la teoría del derecho. Ahora bien, uno puede creer que existen los derechos morales sin creer que los jueces y agentes de policía o del derecho deban aplicarlos discrecionalmente, y también uno puede creer que no existen los derechos morales, siempre y cuando aún se crea que el derecho tiene un papel que desempeñar en la preservación convencional (aunque no natural) de la moral. De esta manera, la pregunta de si existen derechos morales puede ser menos importante que el tipo de teoría del derecho que yo y otros trabajamos y que cada vez es más aceptada.

N. L.: *¿Cuál es el papel de los valores en la teoría del derecho?*

F. S.: Las teorías del derecho pueden ser descriptivas o prescriptivas. Los valores juegan un papel en las teorías descriptivas, porque los valores determinan qué es importante de lo que pensamos. Julia Dickson, siguiendo las ideas de algunos trabajos de Joseph Raz, ha tenido gran influencia al desarrollar esta idea. Pero podemos, así como Dickson y yo creemos, describir y explicar el fenómeno social, incluyendo al derecho, de una manera que está en gran parte, aunque no completamente, impregnada de valores morales. Y ésa es una función útil para la teoría del derecho. La gente también puede ofrecer opiniones acerca de qué debería ser el derecho, o qué deberían contener los sistemas jurídicos, desde luego que esta tarea inevitablemente implica hacer elecciones valorativas. Pero no toda la teoría del derecho debe ser de esta variedad.

N. L.: *¿Es legítimo imponer a través del derecho valores morales?*

F. S.: En algunos momentos y en algunos lugares, sí. De hecho, el derecho típicamente hace esto cuando prohíbe el asesinato, el robo, el fraude y similares. Podríamos discutir sobre qué valores morales debería imponer el derecho, pero la noción de que el derecho no impone o no debería imponer valores morales es casi incomprensible. Siempre que el derecho prohíbe o sanciona conductas, ya sea que haga un juicio moral directo —como las prohibiciones de violación o robo— o un juicio sobre alguna política pública, estos juicios a la política pública se transforman, en sí mismos, en juicios morales. La razón de que una política pública se considere mala para eliminar los residuos tóxicos en ríos, por ejemplo, parte de que existe un valor moral en la preservación del medio ambiente o, simplemente —desde una perspectiva utilitarista—, de que hay un valor moral que maximiza el bienestar público agregado, la felicidad, la utilidad, o algo así, pero sigue siendo la imposición del derecho lo que en última instancia reivindica al juicio moral.

Hay, por supuesto, debates en curso sobre la imposición de la moral por el derecho. Pero éstos se comprenden probablemente mejor como los debates que siguen los

problemas del capítulo uno de *On Liberty* de John Stuart Mill. La gente debate sobre si el derecho debería imponerse ante supuestamente inofensivas inmoralidades —la desnudez pública y el sexo con animales, por ejemplo— y estos temas son debates serios, como se puede ver en el debate de H. L. A. Hart con Patrick Devlin en la década de 1960. Ahora bien, el debate es interesante precisamente porque no hay debate sobre si el derecho debería sancionar conductas dañinas, a pesar de que la consideración de algo como daño tenga un componente moral, y a pesar de que la idea misma de que las conductas nocivas deberían evitarse, es una idea moral.

Adicionalmente, y para trazar el otro componente del capítulo uno de Mill, la gente también debate sobre si el Estado debería sancionar conductas nocivas que suponen daño única o principalmente al actor —juegos de azar, uso de drogas, fumar, alcohol, etc.—. Son los debates que tienen que ver con el paternalismo, debates que a menudo se enmarcan como debates sobre la imposición de la moral por el derecho. Hay mucho que decir acerca de los argumentos de ambos lados de estas discusiones, pero vamos a avanzar sólo cuando entendamos que el derecho inevitablemente impone a la moral, y que los debates no son sobre si el derecho debería imponer la moralidad, sino qué posturas morales debería imponer, y qué perspectiva moral deberíamos utilizar para determinar lo que ha de considerarse como un daño y lo que no.

N. L.: *¿Puede precisar su posición meta-ética vis-a-vis?*

F. S.: No soy ni un subjetivista ni un relativista. Hay una moral correcta e incorrecta. No creo que la esclavitud y el Nazismo fueran simplemente diferentes, y que no podamos condenar prácticas de mutilación genital femenina, por ejemplo —que son ampliamente aceptadas en algunas culturas o sub-culturas—. Estas prácticas están mal ahora, y siguen estando mal incluso cuando son ampliamente aceptadas en algunas o en muchas culturas.

No ser subjetivista ni relativista sigue dejando abiertas dos áreas de investigación. Primero está la pregunta de cómo el objetivista identifica el bien y el mal. Los objetivistas creen que la moral está fuera de la mente del individuo y fuera de una cultura en particular, lo cual aún deja mucho por decir. Para algunos sería una cuestión de intuición, otros piensan que la razón juega un papel importante, e incluso otros, siguiendo a Wittgenstein creen que la evaluación de lo moral está tan constituida por nuestro lenguaje y prácticas que no podemos ni siquiera imaginar cómo sería de otra manera. Pero dejo a los demás la exploración completa de cómo encontramos nuestros valores morales y de dónde vienen. Éste es el trabajo de una vida, y no es mi enfoque en particular.

Además, una amplia gama de perspectivas éticas/morales caben bajo el paraguas objetivista. En lo particular tengo cierta simpatía con una perspectiva utilitarista sujeta a las limitaciones de la deontología. En algunas perspectivas a esto se le denomina deontología de umbral, pero me parece que una etiqueta más aceptable sería la de utilitarismo deontológicamente limitado.

N. L.: *¿Cree que una teoría del derecho deba tener una función prescriptiva y evaluativa?*

F. S.: No. Hay un papel para la descripción y explicación que es distinto al de la prescripción y evaluación. La prescripción y evaluación son actividades importantes

—de hecho, necesarias— pero también lo es el simple aumento de nuestra comprensión del mundo en que vivimos. El derecho es parte de ese mundo, y ayudarnos a entenderlo y explicarlo es una tarea teórica muy importante, incluso cuando el teórico no prescriba el deber ser de las leyes en particular o del sistema jurídico completo.

Bentham de nuevo es una figura muy interesante. Su visión descriptiva sobre el derecho estaba al servicio de tratar de reformar el sistema jurídico. Con lo cual, incluso el reformador, como precursor de una reforma, puede tener la necesidad de contar con una descripción no evaluativa. Ahora bien, la descripción no evaluativa puede ser importante incluso si no tiene como finalidad una reforma.

N. L.: *De acuerdo con cierto concepto desarrollado por Neil MacCormick, Robert Alexy y otros, hay una teoría del derecho basada en el razonamiento jurídico, llamada también teoría de la argumentación que es muy cercana a la interpretación jurídica, que indica cómo analizar un razonamiento jurídico, cómo debería ser evaluado y cómo la argumentación debería ser correctamente desarrollada. ¿Qué piensa sobre la argumentación jurídica?*

F. S.: Existe todo un género de investigación en la argumentación jurídica con el que estoy vagamente familiarizado. Hay muchos profesionales distinguidos, en gran medida en Europa y América del Sur. Existen diferencias entre los trabajos de la argumentación jurídica realizados desde la perspectiva de la lógica formal, o los que se centran en la retórica (la obra de Perelman y sus seguidores), o en la investigación que atiende a la perspectiva judicial (realismo genovés, por ejemplo), el análisis del derecho y la inteligencia artificial, y muchos otros. Pero, aunque reconozco su importancia, mi trabajo se encuentra en gran parte fuera de cualquiera de estas tradiciones. Ahora bien, si cambiamos ligeramente las palabras, y hablamos más bien de «argumento jurídico», entonces es posible identificar ciertos modelos de argumentación en el derecho que podemos intentar explicar. Esto es lo que he tratado de hacer en gran parte de mi trabajo, especialmente mi obra sobre reglas, autoridad, precedentes, carga de la prueba, presunciones, excepciones y anulabilidad. Y por supuesto que hay buenos y malos argumentos, desde una perspectiva empírica y lógica. La identificación de los malos —las falacias, etc.— es otra función valiosa para la teoría del derecho, pero no es una función necesaria en todas las teorías del derecho.

N. L.: *¿Puede describir brevemente la teoría del derecho anglosajona?*

F. S.: En una palabra, no. El positivismo jurídico en la tradición de Bentham, Austin, Hart, Raz es teoría del derecho anglosajona, como también lo es el realismo jurídico americano, de igual manera lo son los críticos del positivismo como Fuller, Finnis y Dworkin, también lo es el análisis económico del derecho, los estudios empíricos del derecho, y muchos más. Es una gran tienda de campaña, y perdemos mucho más de lo que ganamos tratando de reducirlo a términos simples. Hay por supuesto algunos estilos que, digamos, son más prominentes en Norteamérica que en otros lugares, tales como los enfoques empíricos que utilizan vanguardistas herramientas metodológicas. El uso de la lógica formal al hacer teoría del derecho se ha generalizado en gran parte de Europa y es relativamente rara en el mundo anglosajón de la teoría del derecho. Del mismo modo, hay un enorme interés en Kelsen fuera del mundo anglosajón y un

gran interés en Hart dentro. No obstante, estas confluencias más que por diferencias profundas o intrínsecas, podrían ser mejor explicadas por la sociología, la historia de las ideas o la influencia de distintas tradiciones.

N. L.: *¿Cuáles son, en su opinión, las principales diferencias entre el derecho continental (derecho romano-germánico) y el common law?*

F. S.: En estos días está de moda para los comparativistas hablar acerca de la convergencia entre el *common law* y el derecho continental, sin embargo, esa visión ignora demasiado. La tradición del derecho continental se enfoca de forma más persistente (una cuestión de grado) en la interpretación literal de los textos de lo que ocurre en la tradición del *common law*, a su vez, en la tradición del *common law* (de nuevo una cuestión de grado) la creación judicial del derecho se comprende de manera diferente de lo que vemos en el mundo del derecho continental. Es cierto que los países del *common law* ahora utilizan más los códigos y estatutos detallados de lo que lo hacían en el pasado, y que los países del derecho continental toman con mayor seriedad que en el pasado al poder judicial y a los precedentes, pero aún existen importantes diferencias de énfasis. Esto explica gran parte de los recientes esfuerzos que promueven una teoría convergente del derecho comparado. Por otro lado, es importante no equiparar el derecho continental y sus estilos o el *common law* y sus enfoques con la noción misma de derecho. De hecho, uno de los defectos que Fuller y Hart comparten de diferentes maneras, es la tendencia a generalizar el concepto y la naturaleza misma del derecho desde las características contingentes del *common law*. Esto es un error. La discusión de Hart sobre la validez asume como una característica necesaria del derecho el poder del juez del *common law* para revisarlo en la parte de su textura abierta. Más recientemente teóricos tan distintos como Richard Tur y Richard Posner han argumentado en gran medida en el mismo sentido. Pero al hacerlo están tomando una característica contingente de la aplicación del *common law* y convirtiéndola en una propiedad necesaria del derecho. En gran medida Fuller hace lo mismo cuando habla sobre el propósito y la razonabilidad. Ambos aspectos propios del *common law* y no del derecho. Esto es quizás la razón por la cual el crítico más prominente del *common law*, y quien celebra con más entusiasmo al modelo puro del derecho continental —Jeremy Bentham— proviene de un país del *common law*. Éstas son las diferencias, y estas diferencias todavía se mantienen. Enfocar las áreas de convergencia es útil, pero no deberíamos ignorar las importantes áreas en las que el derecho continental presenta detallados códigos autoritativos, o el énfasis del *common law* en la legislación judicial, cuestiones que marcan importantes y persistentes divergencias.

N. L.: *¿Cree que el concepto de common law es demasiado pragmático para la teoría jurídica?*

F. S.: No. El *common law* es un estilo pragmático e instrumental de establecer un sistema jurídico. Pero no es una teoría del derecho. Sólo es un tipo de sistema jurídico, bueno en algunos lugares, en algunos momentos y no tanto en otros. Aunque tratar de comprender las ventajas y desventajas del enfoque del *common law* es, en sí mismo, un aspecto de la teoría del derecho, al igual que intentar teorizar el pragmatismo que muchos jueces del *common law* presentan al hacer su tarea. Pensar que el pragmatismo es diferente de la teoría es tener una perspectiva demasiado restringida de las tareas que corresponden a la teoría del derecho.

N. L.: *Por otra parte, ¿considera que al concepto del derecho continental le falta pragmatismo al separar demasiado la teoría de la práctica entre los teóricos del derecho y los juristas dogmáticos, abogados y jueces y, al ubicarse en un nivel teóricamente abstracto, carece de influencia de la práctica?*

F. S.: Daría la misma respuesta. El derecho continental tiene un diseño jurídico centrado en un código más que en un método judicial. Pero de nuevo, no existe una conexión necesaria con una u otra teoría del derecho. Y, como en el *common law*, una tarea de la teoría del derecho podría ser tratar de comprender cuándo los modelos de derecho continental (o, como Weber lo diría, tipos ideales) son relevantes y cuándo no lo son.

Sí creo que hay posturas en el derecho que son tan formales o abstractas que no influyen a la práctica, pero ésa es una cuestión diferente. Muchas formas de investigación académica, y ciertamente muchas formas de ciencia pura, no intervienen en la práctica. Tampoco lo hacen la mayoría de las formas de las matemáticas puras. Algunas áreas de investigación académica y teórica sí influyen en la práctica, otras no, pero debe haber espacio en el oficio académico para ambas. En estos días está de moda para los políticos y las personas ordinarias denigrar esas formas de investigación académica y teórica que parecen no dar una recompensa práctica o en el corto plazo. Pero esa parece ser una visión miope del valor del conocimiento, y yo enfáticamente la rechazo.

N. L.: *Debido a su fuerte carácter normativo, la teoría del derecho en los Estados Unidos está profundamente arraigada en la práctica, lo que significa que la teoría normativa del derecho de los juristas estadounidenses está basada en una práctica efectiva de la dogmática, de los jueces y de los abogados. ¿Es esa teoría compatible con una teoría del derecho no normativa?*

F. S.: Sí, podemos tener un informe descriptivo o explicativo de las prácticas normativas de jueces y abogados. Lo que los jueces y abogados *hacen* es normativo, pero puede haber descripciones, explicaciones y análisis no normativos de esas prácticas normativas. Es cierto, como usted sugiere, que hay también un gran consenso en la teoría del derecho que pretende decirles a los jueces qué hacer. De hecho, es probable que haya muchos de ellos en los Estados Unidos. A menudo me gustaría que la teoría del derecho estadounidense fuera más descriptiva y explicativa que normativa. ¡Después de todo, no parece que los jueces estén escuchando! En ocasiones el trabajo académico jurídico influencia la práctica jurídica, ya lo ha hecho en numerosas ocasiones en los Estados Unidos. Pero en la medida que lo que aparece en revistas jurídicas de derecho estadounidenses se está moviendo hacia el análisis, las prescripciones que aparecen como necesarias y no sólo como deseables, es un movimiento al que me quiero resistir.

N. L.: *¿Puede describir la situación actual de la filosofía del derecho en su país con respecto al pasado?*

F. S.: La teoría del derecho en los Estados Unidos se está abriendo cada vez más hacia perspectivas como la economía, la ciencia política, la psicología y otras disciplinas que no eran el caso en el pasado. Y creo que esto es una cosa buena. También pienso que es bueno que la teoría del derecho americana (y británica) haya tomado con mayor seriedad que en el pasado las ideas de la filosofía analítica contemporánea. Sin embargo, en ocasiones la filosofía del derecho de los Estados Unidos y del Reino Unido se ha conectado estrechamente y se ha asociado con la filosofía analítica para ignorar

perspectivas teóricas importantes de profundos pensadores (filósofos y no filósofos) que tratan sobre la naturaleza y aplicación del derecho. Me vienen a la mente Fuller, al igual que los realistas americanos, también Guido Calabresi, Brian Simpson, Melvin Eisenberg, y muchos otros. La «filosofización» [*philosophication*] de la jurisprudencia, sobre la que escribí y me lamenté parcialmente en mi recensión -en la *Harvard Law Review*- de la magnífica biografía de Nicola Lacey sobre H. L. A. Hart, ha traído muchos beneficios, pero también ha tenido un coste; el principal coste ha sido el descuido innegable de los conocimientos teóricos por aquellos que quizás no están cualificados en la materia, o incluso ignoran los métodos de la filosofía política contemporánea.

N. L.: *¿Cuáles son las perspectivas para el futuro?*

F. S.: Así como la filosofía misma es cada vez más empírica, e incluso a veces hasta experimental, creo que veremos lo mismo con la filosofía del derecho. Y eso es bueno. Es bueno no sólo porque podemos aprender de psicólogos y otros científicos cognitivos, de científicos empíricos, de economistas empíricos, y en ocasiones de sociólogos y antropólogos. Sino que es bueno porque un examen cuidadoso y crítico de la filosofía del derecho tradicional, supuestamente no empírica, revela que se sustenta principalmente en afirmaciones empíricas. Cuando H. L. A. Hart habla sobre el «hombre desconcertado» (*puzzled man*), por ejemplo, o cuando se refiere al análisis del derecho de John Austin señalando que «deja de ajustarse a los hechos», estaba haciendo afirmaciones empíricas con poco más que sus instituciones para apoyarlas. Hart tal vez haya estado en lo correcto (aunque en algunos temas pienso que no lo estaba, como lo explico en mi próximo libro), pero lo que no deberíamos hacer es tomar a las intuiciones como datos, especialmente cuando cada vez hay muchos y mejores datos de los que se tenían.

N. L.: *¿Es útil estudiar la filosofía del derecho?*

F. S.: Absolutamente. De hecho deberíamos pensar en la filosofía del derecho y en la jurisprudencia como parte de la academia del derecho y no sólo como parte de la filosofía. Es un error pensar que el derecho no es más que un ejemplo de problemas filosóficos; bastante de la filosofía del derecho moderna utiliza categorías de la filosofía como unidades de análisis muy pertinentes. El derecho presenta sus propios temas y problemas, y la filosofía nos puede ayudar con ellos. Con lo cual deberíamos pensar en la filosofía como una herramienta y no como un fin en sí mismo, al menos cuando estamos participando en el desarrollo de la teoría del derecho.

N. L.: *¿Puede explicar la evolución de las universidades estadounidenses y cuáles han sido los cambios principales?*

F. S.: Antes, cuando Fuller estaba en su mejor momento, desde finales de los años treinta hasta mediados de los sesenta, la jurisprudencia era algo que existía en la conciencia de muchos o al menos de la mayoría de los estudiantes estadounidenses. Incluso los estudiantes que trabajaban la teoría del derecho en áreas específicas como contratos, responsabilidad civil, derecho constitucional, prueba y derecho penal, por ejemplo, sabían sobre Kelsen, sobre Hart, conocían acerca de Roscoe Pound, etc. La jurisprudencia era propiamente estudiada para tratar la mayoría de temas del derecho, e informar sobre ellos, en lugar de ser dejada de lado. Esto ha cambiado en décadas recientes, hemos sido testigos en los Estados Unidos y en el Reino Unido, con excepción de algunas universidades y de pocos lugares, del aislamiento creciente de la jurisper-

dencia en las principales corrientes teóricas y académicas. Éste es un problema real, que yo, entre otros, trato de mitigar.

N. L.: *¿Qué sugeriría a los estudiantes jóvenes de filosofía del derecho y qué temas valen la pena ser analizados?*

F. S.: Sugeriría que traten de conocer el derecho y los enigmas que presenta. Si no sabes sobre derecho, o si te importa (pero no más de lo necesario para aprobar), no serás capaz de hacer aportaciones valiosas, o incluso de ver cómo la filosofía del derecho puede ayudarte. Así que le diría a los estudiantes jóvenes que deberían conocer y entender al derecho de la misma manera que un filósofo del arte conoce y entiende el arte, y el filósofo de la física conoce y entiende la física. La filosofía del derecho inevitablemente será parte de una disciplina en sí misma, pero no puede ser separada del derecho sobre el que está filosofando.

N. L.: *¿Cuál es el deber esencial de un teórico del derecho?*

F. S.: Como he sugerido, no hay deberes esenciales. Hay muchos deberes, algunos descriptivos y otros normativos, algunos conceptuales y otros empíricos y, la teoría del derecho, debe tener espacio para todos. Obviamente es un error pensar que todo es teoría del derecho, pero también es un error asumir que la única manera de hacer teoría del derecho o la única manera de ser considerado como un filósofo «real» del derecho, es tomar los defectos contemporáneos más comunes, o hacer análisis puramente conceptuales sobre la elección de las propiedades relevantes o necesarias del derecho en todos los sistemas jurídicos posibles y para todos los mundos posibles. Por el momento la teoría del derecho y la filosofía del derecho necesitan ser expandidas y no reducidas, incluso si aceptamos que demasiada amplitud también tiene sus desventajas.

N. L.: *Usted no sólo es un teórico del derecho, también tiene una fuerte perspectiva constitucional. En su reciente artículo «Constitutionalism and Coercion» (2013) reconoce el importante papel de una constitución al servicio de los valores. Citando diversos casos relevantes de la Suprema Corte, desarrolla una concepción alternativa del constitucionalismo y del papel de una constitución como mecanismo de ejecución coercitiva de las restricciones constitucionales, más fuertes que las actuales. ¿Podría desarrollar su perspectiva constitucional en relación con su teoría del derecho?*

F. S.: Para mí, la conexión principal entre mi perspectiva del derecho, de la teoría del derecho, y mi perspectiva sobre el derecho constitucional se encuentra en términos del papel de las reglas y de la importancia de las restricciones. Las constituciones constituyen sistemas jurídicos y son constitutivas de gobiernos, pero también imponen limitaciones de segundo orden sobre las preferencias políticas y las políticas públicas de primer orden. Esta perspectiva se relaciona estrechamente con mi interés en (y simpatía con) las reglas, y mi interés en (y simpatía con) la coerción. Las constituciones no sólo impiden a malos funcionarios hacer cosas malas, sino también, y más importante, impiden a las buenas personas hacer cosas buenas al servicio de valores arraigados o de largo plazo. Con el fin de servir a esa función, las constituciones necesitan utilizar reglas y respaldar esas reglas con la fuerza. Todo esto se relaciona ampliamente con mucho de lo que pienso sobre el derecho en general.

N. L.: *Este año publicará un volumen muy importante, Force of Law (Harvard University Press, 2014). Sus trabajos previos, Playing by the Rules: A Philosophical Exa-*

mination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life (Clarendon/Oxford, 1991), Profiles, Probabilities and Stereotypes (Harvard, 2003), y Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning (Harvard, 2009) han marcado su perspectiva del derecho. Force of Law: ¿continuidad o divergencia? ¿Algún otro proyecto?

F. S.: Hay cierta continuidad entre *The Force of Law* y mi trabajo más reciente, no obstante, *The Force of Law* presta más atención a la coerción, enfatiza el lado más empírico de la obediencia a la ley y de la coerción, sobre todo, de las dimensiones empíricas de hacer teoría del derecho en general. Un gran tema en el libro es la cuestión fáctica y empírica acerca de si la gente realmente obedece al derecho. Espero que mi futuro trabajo se construya en torno a este tema, razón por la cual tengo planeado mirar más de cerca, en el futuro próximo, las cuestiones relativas al cumplimiento del derecho. La importancia del derecho reside, en gran parte, en la manera en que marca la diferencia en el razonamiento y en el comportamiento humano. Pero no podemos asumir simplemente que se da tal diferencia; no podemos dar el salto de cómo tendría que ocurrir esa diferencia a la conclusión de que realmente ocurre tal diferencia, ya sea para los ciudadanos o para los funcionarios. De esta manera, observar la realidad empírica que marca la diferencia del derecho sobre la dimensión de la toma de decisiones será el enfoque de mi futuro trabajo en la teoría del derecho, además de que también continúo trabajando en las dimensiones filosóficas del razonamiento jurídico y en muchos otros temas.

N. L.: ¿Piensa que hay una teoría del derecho de Frederick Schauer?

F. S.: Oliver Wendell Holmes hizo una famosa observación según la cual sólo se interesaba por las ideas y no por los sistemas, o las teorías. ¡Pienso que eso es suficiente para mí!

(Traducción de Jesús Ibarra Cárdenas)