

dos disciplinas distintas. Lo erróneo, según Löwith, es pretender realizar una escatología inmanente, porque resulta incoherente si no se admite la existencia de Dios, a menos que se quiera correr el riesgo de incurrir en un panteísmo poco razonable. Así las cosas, quien no admite la providencia divina no puede intentar recurrir a un sentido inmanente porque carece de los presupuestos epistemológicos necesarios. La conclusión de Löwith resulta extrema y por lo menos inusual: o se hace teología de la historia o no tenemos más que condenar nuestra reflexión sobre la historia a un acopio desordenado de hechos pasados, sin relevancia futura.

Löwith niega a la historia el carácter de ciencia porque no se puede resolver empíricamente el dilema del futuro. Ahora bien, una ciencia de hechos pasados ¿tiene algún sentido, salvo el meramente memorialístico? Es cierto que en este punto sus análisis adolecen de alguna debilidad, salvable en el conjunto del ensayo tan rico. Detrás de esto se encuentra su intención principal de demostrar que un mundo cerrado sobre sí mismo sólo puede filosofar limitadamente y que si a él se le añade una finalidad trascendente abandonamos la filosofía para iniciar la reflexión teológica. Por ello mismo, una vez que la salvación se ha secularizado lo único que se mantiene en pie es una finalidad hecha medida del propio hombre, pero revestida de los ropajes de la religión: no otra cosa es, sostiene Löwith, el progreso. Ahora bien, después de la experiencia de los totalitarismos y de las guerras mundiales, la religión del progreso ha perdido muchos adeptos. ¿Tiene sentido plantearse el progreso como finalidad última de la historia? Después de todo, a comienzos del siglo XXI, tampoco podemos estar muy seguros.

*José María Carabante*

Mark C. MURPHY, *Philosophy of Law. The Fundamentals*, Blackwell Publishing, Malden (USA)-Oxford (UK)-Carlton (Australia), 2007, 214 pp.

En los últimos veinte años la filosofía práctica, y en especial la filosofía del derecho, parecen haberse trasladado masivamente a los países anglosajones. En efecto, luego de la muerte de Bobbio y Cotta en Italia, de Villey y Kalinowski en Francia, de Kaufmann en Alemania y de Perelman en Bélgica, el centro de los debates y desarrollos en materia iusfilosófica se ha desplazado progresivamente hacia Inglaterra y, sobre todo, hacia los Estados Unidos. Si

nos limitamos sólo al ámbito de los autores iusnaturalistas, es evidente que el libro de John Finnis *Natural Law and Natural Rights* es el que más ha influido en el pensamiento iusfilosófico de fines del siglo XX y comienzos del XXI. Si a esa obra le agregamos *Aquinas, Aristotle, and the Promise of the Common Good* de Mary M. Keys, *Ethics and Politics* de Alasdair MacIntyre (en rigor, habría que incluir aquí a todas sus obras, al menos desde *After Virtue*)), *Morality and the Human Goods. An Introduction to Natural Law Ethics* de Alfonso Gómez-Lobo, *Morality Matters* de Roger Trigg y *Eight Theories of Ethics* de Gordon Graham, es posible apreciar la riqueza y variedad de la producción –al menos en los últimos veinte años– de los moralistas y iusfilósofos radicados en los países anglosajones.

El libro de Mark C. Murphy que hoy comentamos se inscribe de pleno derecho en esa nómina de obras trascendentes de filosofía práctica generadas en las naciones angloparlantes. Este autor, profesor de Filosofía en la Universidad de Georgetown, ha publicado ya dos libros de filosofía del derecho: *Natural Law and Practical Rationality* (2001) (sobre el que ya realizamos una extensa reseña); *Natural Law in Jurisprudence and Politics* (2006), ha coordinado y editado un valioso volumen sobre *Alasdair MacIntyre* (2003) y publicado decenas de artículos sobre temas de filosofía práctica. Y decimos que la obra que analizamos es de las que pueden denominarse trascendentes, porque en ella se reúne, analiza, debate y valora a la gran mayoría de las opiniones y teorías desarrolladas contemporáneamente en el mundo angloparlante, todo ello en el marco de una propuesta de sistematización propia del Autor, que reviste caracteres marcadamente originales y se desarrolla de un modo riguroso, metódico, coherente e interesante.

La sistematización de Murphy (en adelante M.) comienza con una conceptualización de la filosofía como un saber que, partiendo de determinados lugares comunes (*commonplaces*) acerca de un sector de la realidad, intenta resolver los problemas, tanto analíticos como sustantivos, que la reflexión sobre esos lugares comunes plantea a la inteligencia. Aplicando esta noción de filosofía a la realidad jurídica, M. parte de la necesaria asunción, en ese campo, de al menos tres lugares comunes: (i) que el derecho es un *fenómeno social*; (ii) que es esencialmente *autoritativo*; y (iii) que el derecho es *para el bien común*. Según el primero, cada vez que se comienza a hablar del derecho, se hace referencia necesaria a la gente y al modo cómo interactúan entre ellos; es decir, se denotan inexorablemente hechos sociales. En cuanto al segundo lugar común, resulta evidente que el derecho supone una cierta autoridad práctica, *i.e.*, la que se ordena a guiar la acción y proporciona razones decisivas para actuar en un determinado sentido y no en otro. Y finalmente, es claro que el derecho no se piensa como algo ordenado al bien de una clase privilegiada o de un grupo

minoritario, sino inevitablemente como orientado al bien de todos los que viven bajo su autoridad, *i.e.*, el derecho es constitutivamente para el bien común.

Luego de esta introducción acerca de los lugares comunes de los que debe partir toda reflexión sobre el derecho, M. pasa a analizar en el capítulo I la cuestión del concepto de derecho, análisis que —afirma— debe realizarse a partir de aquellos casos que son claramente reconocibles como instancias de la noción de derecho. Para hacerlo, M. recurre a la ayuda de ciertos autores paradigmáticos, comenzando —tal como lo hace casi todo anglosajón— con el sistema propuesto por John Austin, para quien el derecho consiste en mandatos generales dirigidos por los soberanos a sus súbditos. Para M. la perspectiva austiniana presenta numerosas dificultades, la primera de las cuales radica en que ese concepto de derecho no cubre un gran número de instancias que son claramente jurídicas, pero que no revisten la forma de meros mandatos. Piénsese solamente en todo el derecho constitucional o en el referido a la validez de los testamentos o a las atribuciones propias de los padres de familia. Por otra parte, la propuesta de Austin no explica otros extremos, como la persistencia del derecho luego de extinguido el poder que lo creó; por ello, M. sostiene que "el modelo soberano-súbdito es un mito, aplicable (si es que lo es) a una forma de sociedad muy específica: una en la cual toda lealtad a la autoridad es de carácter personal, y donde todo el derecho de esa sociedad es del tipo "tú debes hacer esto" o "tú no debes hacer lo otro" (p. 22). Además, M. objeta que la autoridad del derecho esté fundada, según Austin, sólo en la sanción, ya que ella no sólo no provee de razones *decisivas* para la obediencia, sino que ellas son de un *tipo equivocado*, que no permite distinguir la amenaza del asaltante callejero de las directivas del derecho. Finalmente, y respecto al *commonplace* de que el derecho es para el bien común, es bien sabido que Austin lo excluye del ámbito del derecho y lo relega al de la moral; esto último, sostiene M., resulta incoherente y autocontradictorio, ya que un sistema de derecho que por principio fuera sólo para el bien de algunos carecería de sentido jurídico y no podría ser reconocido como tal.

A continuación pasa M. a considerar el positivismo de H.L.A. Hart, cuya obra *The Concept of Law* considera como la más importante obra de filosofía jurídica escrita en el siglo XX. Luego de exponer sucinta pero ajustadamente la sistemática hartiana, M. hace referencia a la división suscitada dentro del campo positivista a raíz de la crítica de Ronald Dworkin a la propuesta de Hart. Según Dworkin, el positivismo hartiano no da cuenta del papel que juegan los *principios* —en cuanto opuestos a las reglas positivas— en el derecho, del que forman parte integrante. Esta crítica ha dado lugar a una partición en el interior del positivismo, que se ha dividido en *excluyente* (*hard*, o bien *nonincorporationist*), según el cual el derecho es meramente asunto de fuentes sociales, e *incluyente* (*soft*, o bien *incorporationist*), según el cual si el contenido del

derecho de una determinada comunidad incluye normas morales, esto es en sí misma materia de las fuentes sociales de esa comunidad, ya que no hay ninguna razón de fondo para que el derecho no pueda incorporar valores morales.

En el apartado siguiente, M. aborda el estudio de las teorías del derecho natural, a las que conceptualiza como la negación de la tesis positivista referida a que no es parte necesaria del criterio de juridicidad el que las normas respeten ciertos estándares morales. "Mientras los positivistas –escribe– asumen sólo los hechos sociales como fundamento para la legalidad de las normas, los teóricos del derecho natural sostienen que existe un test ulterior –una suerte de test de moralidad, o de razonabilidad– que deben satisfacer todas las normas jurídicas genuinas" (p. 36). Dicho en otras palabras, la moralidad entra aquí en la determinación de lo que es derecho, pero no como un mero ideal, sino de un modo constitutivo.

M. divide a las teorías de la ley natural en dos grandes grupos: procedimentales y sustantivas. Como ejemplo de la primera estudia la propuesta de Lon Fuller en su conocido libro *The Morality of Law*; según este último autor, para que las normas puedan calificarse como derecho, es intrínsecamente necesario que cumplan con ciertos requisitos procedimentales o formales: ser generales, no contradictorias, posibles de cumplir, permanentes, etc. Según Fuller estas exigencias son constitutivas del derecho y revisten carácter moral, aunque no sustantivo. Como ejemplo de teoría sustantiva del derecho natural M. expone la doctrina de Tomás de Aquino, para quien el derecho es una norma racional, autoritativa y sancionada para el bien común. M. pone de relieve que, para el Aquinate, el que una norma sea derecho no es simplemente una cuestión de *pedigri* –como lo proponen los positivistas– sino fundamentalmente de razonabilidad. Como conclusión, M. sostiene que "en cuanto se comprende el requerimiento de ciertas exigencias formales para que las normas sean jurídicas, es difícil de resistirse a la afirmación de que han de existir también exigencias sustantivas" (p. 43). Aquellas normas que fallen en adecuarse a estas exigencias sustantivas sólo podrán ser *derecho* de un modo defectivo o imperfecto, sin que por ello queden completamente fuera del ámbito de lo jurídico.

En el capítulo siguiente, M. estudia los fundamentos normativos del derecho, que analiza a partir de las que considera como las funciones o roles básicos de los sistemas paradigmáticamente jurídicos. Estos roles centrales, que se definen por reglas de ocupación y de *performance*, son para M. tres: el de súbdito o sujeto jurídico, el de legislador y el de juez. Al abordar el rol o papel del sujeto, M. estudia la problemática, ampliamente desarrollada en los países anglosajones, de la obligación político-jurídica, que sintetiza en las siguientes preguntas: "¿está uno moralmente obligado a cumplir con las demandas del derecho? Y si es así, ¿bajo qué circunstancias, y cuáles son los límites de

esta obediencia requerida?". M. expone los principales tipos de respuestas a estas cuestiones: las del consentimiento de los sujetos, la de la residencia, las referidas a las consecuencias, la de la imparcialidad —ejemplificada con el pensamiento de Rawls— para concluir con la vinculada a las exigencias del bien común y la participación de cada ciudadano en su construcción. "La idea detrás de la explicación imparcialidad/bien común que acabo de desarrollar, es que uno está vinculado porque obedeciendo al derecho uno está realizando la propia e imparcial contribución al bien común" (p. 62).

Al referirse al rol del legislador, M. consigna como requisitos de ese rol el que las reglas emitidas sean autoritativas, *i.e.*, que estén provistas de razones para la acción genuinamente decisivas para los sujetos. Este carácter autoritativo se alcanza de diferentes maneras según las distintas propuestas realizadas en ese sentido: según algunas, el elemento central es la representatividad del legislador (que el derecho sea realizado *por* el pueblo), según otras, a las que adhiere M., lo relevante es que las normas sean realizadas *para* el pueblo, más concretamente, para el bien común. Y con respecto al rol del juez, M. lo define como el que corresponde a aquel designado por las normas jurídicas para aplicar las reglas de ese sistema, de tal modo que su aplicación cuente como autoritativa.

Pero para aplicar las normas positivas (*statutes*) el juez debe interpretar los textos, lo que no puede hacerse sin el recurso al contexto; pero existen dos líneas de pensamiento en o que se refiere a qué cosa cuenta como contexto relevante para la interpretación. Estas dos líneas son, primero, la que puede denominarse *propositiva*, ya que se centra en el propósito que se persigue con la norma, y la segunda, que M. llama *textualista*, según la cual lo que interesa es lo que la norma dice de hecho y no el fin o el propósito con el que lo dijo. Ahora bien, el supuesto según el cual el derecho es para el bien común sugiere un canon de interpretación que favorece la perspectiva propositiva: lo que el legislador quiso realizar por el bien común al sancionar una regla es lo relevante en última instancia para interpretar esa regla. En definitiva, es la prosecución del bien común lo que justifica y da sentido a la función judicial.

En el capítulo tercero, M. aborda la problemática de los objetivos o propósitos del derecho, con lo que quiere significar "aquellos aspectos del bien común que la ley debe sustentar o defender por medio de normas autoritativas" (pp. 82-83). Comienza con una detallada y analítica exposición de la propuesta de John Stuart Mill, según la cual sólo pueden ser prohibidas por la ley aquellas conductas que causen un daño a otros y nunca sólo en defensa de los mismos actores. M. desarrolla los límites puestos al principio por el mismo Mill, para estudiar luego los desafíos que se han realizado al "principio de daño", en especial las referidas a sus diferentes tipos y a las personas damnificadas, para

proponer luego —con la mediación de una valoración de la disputa Devlin-Hart— una defensa de la legislación en materias morales basada en una versión del paternalismo estructurado sobre una concepción amplia —no sólo *welfarista*— del bien común, según la cual éste incluye ideales de carácter moral.

El siguiente capítulo tiene por objeto el tratamiento de la naturaleza y propósitos del derecho penal, en el que, luego de una aproximación general a la problemática del crimen y su castigo, M. realiza un análisis y valoración de dos de las principales teorías normativas de la retribución penal, la utilitarista y la retribucionista. Según M., la primera mira hacia el futuro, hacia las consecuencias valiosas o disvaliosas de las acciones, mientras que las retribucionistas se centran en el pasado, en la maldad del acto mismo, dejando para un segundo lugar a sus consecuencias. M. critica acerba y acertadamente las propuestas utilitaristas y termina defendiendo una particular versión del retribucionismo, basada en la justificación del castigo jurídico como un modo de expresar el valor del bien común a través de la exclusión de algunos de los beneficios de ese bien a aquellos que no actúan responsablemente a su respecto.

El problema del denominado en castellano *derecho de daños* (*tort law*, donde *tort* puede traducirse mejor por *agravio*) es el contenido del siguiente capítulo, en el que, luego de una muy acertada presentación y análisis de la temática, M. dedica buena parte de su exposición a la crítica de las alternativas propuestas por el denominado *análisis económico del derecho*, en especial en la versión propuesta por Richard Posner y algunos de sus seguidores. En este capítulo se pone especialmente de relieve la relevancia de la filosofía jurídica para la explicación completa y radical de los temas y problemas de las diferentes ramas del derecho.

El libro finaliza con un capítulo dedicado al especialmente relevante tema de los recientes —y no tan recientes— desafíos lanzados por parte de la doctrina y la filosofía jurídicas a la existencia misma del derecho, *i.e.*, de las teorías que desafían el valor de los lugares comunes a partir de los cuales se ha elaborado la construcción expuesta hasta ahora. M. comienza el tratamiento de estas teorías con la propuesta de algunos autores como Robert Paul Wolff, que argumentan a partir de la supuesta incompatibilidad radical entre la autoridad y la autonomía; desde esta perspectiva, como la autonomía es indudablemente el valor más alto, se saca la consecuencia de la necesaria abolición de la autoridad y el consiguiente anarquismo social y jurídico. M. argumenta contra esta doctrina, sosteniendo en primer lugar que no es para nada evidente que la autonomía sea el valor supremo para el hombre, así como tampoco es manifiesto, en segundo lugar, que exista la mentada incompatibilidad entre autonomía y autoridad, sino que más bien, por el contrario, la autoridad es condición necesaria de la autonomía.

El segundo grupo de desafíos es el llevado a cabo por el marxismo y por las teorías feministas y crítico-raciales, para los cuales la acción del legislador no puede orientarse jamás de un modo neutral hacia el bien común, ya que se encuentra sesgada y parcializada inexorablemente por razones de poderío económico, supremacía masculina o hegemonía racial de los blancos. Finalmente, M. analiza el cuestionamiento de la función judicial realizado primero por el Realismo Americano y luego, siguiendo y profundizando sus huellas, por el *Critical Legal Studies Movement*, para quienes la función judicial no consiste, en la realidad de las cosas, en la aplicación neutral de las normas, sino que está marcada radicalmente por las opiniones morales, políticas, ideológicas o de clase de los miembros del poder judicial. M. critica estas doctrinas a través de la afirmación de la existencia de verdades generales acerca del bien humano, que son de hecho participadas por casi todos porque son verdaderas y fácilmente cognoscibles, y pueden otorgar un valor al derecho y dar un sentido a la actividad judicial.

Una vez resumidas las ideas centrales desarrolladas en el libro, corresponde realizar una valoración crítica de sus contenidos principales, tarea que se comenzará abordando los aspectos formales de la obra. En este sentido, cabe destacar ante todo la sistematicidad y la concisión con que M. ha expuesto sus ideas principales, así como las de sus ocasionales adversarios. En efecto, todos los desarrollos realizados en el libro tienen un orden preciso conforme a un esquema central, basado en dos ejes principales: (i) el de la existencia de tres funciones jurídicas fundamentales: las de súbdito, legislador y juez, y (ii) el de que toda la reflexión jurídica parte de tres lugares comunes indiscutidos, referidos a la socialidad, la autoridad y la ordenación del derecho hacia el bien común. Además, cada capítulo está seguido de una bibliografía pertinente y bien seleccionada, además de las correspondientes notas y aclaraciones, la mayoría de las cuales son breves y oportunas.

Y respecto a las ideas contenidas en el libro, corresponde destacar la que puede considerarse como la tesis central de la obra: que el derecho está constitutivamente ordenado hacia el bien común, que es el que justifica la autoridad del derecho y la obligación de obedecerlo de los miembros de la comunidad. Esta centralidad de la noción de bien común en la explicación del derecho, otorga a las tesis de M. un claro carácter iusnaturalista, ya que lo que constituye —en su teoría— al derecho en cuanto tal no es su mera emanación de fuentes sociales, sino su ordenación propositiva hacia ese bien común, que trasciende y da sentido valorativo a las normas positivas. Por otra parte, reviste especial relevancia la defensa que hace M. del derecho como instrumento de la convivencia y de su bien propio, en especial frente a las diversas doctrinas críticas, que desconocen su valor como elemento necesario de la perfección humana social.

Finalmente, es oportuno puntualizar que hubiera sido deseable un mayor desarrollo acerca de las teorías iusnaturalistas, refiriéndose quizás a las más recientes, así como algunas precisiones acerca de la idea de justicia, a la que M. hace referencia en especial al hablar del rol del sujeto jurídico y de la autoridad del derecho, pero sin explayarse aunque sea mínimamente en su concepto y exigencias. Pero no obstante estas ausencias, que pueden ser salvadas en otro libro, resulta notable la sistematicidad, el rigor intelectual y la especial maestría con que M. ha expuesto en este volumen su particular versión de la filosofía del derecho. Por todo ello, esta obra merece ser leída con especial interés y es de esperar una pronta traducción al castellano, tanto por su especial relieve como por su relevante valor.

Carlos I. Massini

Pedro RIVAS, *El retorno a los orígenes de la tradición positivista. Una aproximación a la filosofía jurídica del positivismo ético contemporáneo*. Thomson Civitas, Pamplona, 2007, 150 pp.

Frente a la tentación de “abandono del positivismo” –en la que parece haber caído más de uno–, no son pocos los que abogan, hoy, por retornar a los orígenes mismos de una tradición cuasidominante hasta ayer mismo. Por volver; a autores como Hobbes, Bentham y Austin, y al positivismo por ellos iniciado. Un positivismo “ético o prescriptivo” toda vez que, para quienes defienden ese retorno, las tesis positivistas originarias no serían conceptuales ni descriptivas sino normativas en el sentido preciso de que formulan como deberían ser los sistemas jurídicos. Y ello sobre bases que suelen incluir el compromiso con un modelo político democrático, la maximización de la autonomía de los individuos, o el intento de alcanzar bienes como la estabilidad social o la lucha por una mayor efectividad en la garantía de los derechos humanos.

Entre los que realizan semejante propuesta destaca el iusfilósofo australiano Tom Campbell quien ha defendido con el mayor empeño y claridad la necesidad de volver a un positivismo de este género. Si a ello se suma que es el único que ha formulado de manera bastante completa las tesis del positivismo ético parece más que justificada su elección por parte del profesor Rivas en éste su último libro, como guía para aproximarse a la filosofía jurídica de ese positivismo presuntamente originario y, a la vez, contemporáneo.

Así las cosas, se requiere, ante todo, comprobar en qué medida los orígenes de la teoría jurídica de Campbell se encuentran efectivamente, en los filósofos

Copyright of *Persona y Derecho* is the property of Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, S.A. and its content may not be copied or emailed to multiple sites or posted to a listserv without the copyright holder's express written permission. However, users may print, download, or email articles for individual use.