

El uso y abuso de la filosofía en la enseñanza del Derecho*

MARTHA C. NUSSBAUM**

I

“Sócrates se acerca a un político prominente, alguien considerado instruido e inteligente por muchas personas, y especialmente por sí mismo”.¹ Consigue entablar con él un interrogatorio filosófico sobre su supuesta pericia, preguntándole, tal como Sócrates acostumbra, que dé cuenta coherente y libre de contradicciones de ciertos conceptos centrales legales y políticos, tales como igualdad, justicia y derecho. El experto prueba ser incapaz de contestar las preguntas de Sócrates satisfactoriamente. Sócrates confiesa sorpresa y se aleja, concluyendo que después de todo él mismo es un poco más instruido que este experto, pues él sabe al menos cuán complejos son estos conceptos, y cuán insuficiente es su propio entendimiento sobre ellos, en tanto que el experto no sólo carece de una comprensión adecuada de los conceptos, sino que también de su propia incompetencia. Sócrates concluye que él mismo es una personalidad útil en un gobierno democrático, pues el gobierno democrático es “un caballo grande y noble aunque algo indolente a causa de su tamaño”, y él es el tábano que pica al caballo para espabilarlo.²

* Publicado originalmente como NUSSBAUM, Martha C., “The Use and Abuse of Philosophy in Legal Education”, en *Stanford Law Review*, vol. 45, 1992-1993, pp. 1627-45. Queremos expresar nuestra gratitud a la autora por autorizar la traducción y posterior publicación de su artículo como así también al Dr. Leonardo García Jaramillo por las laboriosas gestiones que realizó para que lo anterior fuera posible.

** Profesora de Filosofía, Clásicos, y Literatura Comparada, Universidad de Brown. Profesora visitante de Derecho, Universidad de Chicago.

¹ PLATÓN, *Apología* 20C. Todas las traducciones de los textos clásicos son de la autora, y todas las referencias responden a la numeración a través de las cuales estos autores son citados en ediciones académicas.

² *Id.* 30E-31A.

Cuando los filósofos se comportan de este modo, a las personas a quienes intentan beneficiar no les complace demasiado. Sócrates concluía que debería dársele un puesto asalariado vitalicio y sin revisión de mérito,³ algo así como una judicatura federal de los Estados Unidos. Los ciudadanos de Atenas, como sabemos, tenían una idea diferente. Para aquellos profundamente inmersos en los asuntos prácticos, el filósofo es siempre un personaje algo sospechoso. ¿Por qué es tan imparcial? ¿Cuál es su campo de experiencia empírica? ¿Qué le da derecho a acercarse a un poeta, a un economista, a un abogado, a un biólogo, e iniciar cuestionamientos fundacionales, sin credenciales profesionales en esa disciplina?⁴

Como Calicles le dijera a Sócrates, esa clase de comportamiento es muy apropiada en adolescentes, pero cuando uno crece debe conseguirse una profesión real o será fuente de burla y atropellos.⁵

Aun así, Sócrates arguye seriamente que su cuestionamiento fundacional tiene un beneficio práctico que conferir. Parece creer que la gente en sus profesiones y en la vida pública tiene concepciones intuitivas de su propia disciplina y sus conceptos centrales y actividades que son esencialmente sólidos, sensatos y acertados; pero la vaguedad, la contradicción, la falta de rigor y simplemente la falta de tiempo se interponen entre estas -básicamente buenas- intuiciones y una adecuada articulación y uso de los conceptos. No es adoctrinamiento; no provee nada desde el exterior. Al ordenar sistemática y claramente lo que la gente rara vez ordena para y desde sí misma, lleva a cabo un bien público y contribuye a la formación de la educación profesional.⁶

³ *Id.* 36D-E. Sócrates señala que consintió empobrecerse al dedicar su vida a la filosofía, y ésa era una razón aún más fuerte para que la ciudad lo mantuviera.

⁴ Todas estas preocupaciones están expresadas por los interlocutores en los diálogos de Platón. Ver PLATÓN, *Protágoras*; PLATÓN, *La República*. Para el mejor retrato reciente de Sócrates, ver VLASTOS, Gregory, *Sócrates, ironista y filósofo moral*, 1991.

⁵ PLATÓN, *Gorgias*, 484C-485C.

⁶ Para una versión similar del *Elenchus* socrático, ver VLASTOS, *supra* nota 4, 107-31. Vlastos arguye que el procedimiento socrático presupone la salud fundamental de las creencias examinadas; por eso puede creer que el clasificar, sin adoctrinamiento previo, producirá pruebas. Ésta, sostiene Vlastos, es una razón por la que Aristóteles repudia el método socrático.

Aristóteles clamando que el entrenamiento filosófico es muy importante para futuros legisladores, desarrolla un argumento similar. Debemos, dice, comenzar desde y retornar a las propias creencias y concepciones de la gente. Éste es nuestro objeto de estudio y nuestra evidencia: los filósofos no simplemente construyen castillos en el aire, sino que el ordenamiento filosófico tiene aun una función práctica distintiva a desempeñar:

De lo que digamos con sinceridad pero no claramente, mientras avanzamos, también obtendremos claridad, siempre moviéndonos desde lo que usualmente es dicho desordenadamente hacia una visión más clara e inteligible. Hay una diferencia en cada pesquisa entre los argumentos desarrollados filosóficamente y los que no. Por tanto, no debemos pensar que es superfluo para el hombre político involucrarse en esta clase de reflexiones que vuelve inteligible no sólo el “qué”, sino también el “por qué”; es ésta, pues, la contribución del filósofo en cada área.⁷

Ni Aristóteles ni Sócrates creen que el rigor y la claridad son suficientes para la utilidad práctica. Sócrates se contrapone a sí mismo con los sofistas, y Aristóteles, en este mismo pasaje, distingue sus propios métodos de aquellos de la gente locuaz e inteligente que desdeña la experiencia humana y los hechos empíricos. Sin embargo, ambos sí parecen creer que la filosofía es al menos necesaria para una adecuada educación profesional.⁸ Me propongo sostener su argumento. A diferencia de Sócrates, no demandaré una cena sin cargo en el pritaneo por mis servicios. Pero sí intentaré volver su argumento sobre la filosofía un poco más plausible de lo que pareció a un jurado de ciudadanos atenienses elegidos por sorteo.⁹ ¿Por qué, entonces, la filosofía debería ser parte de la enseñanza del Derecho?

La concepción de enseñanza del Derecho que hoy día aún domina la academia legal es una concepción tomada de las ciencias. Langdell argüía que para demostrar que la ley no es una mera artesanía, y la

⁷ ARISTÓTELES, *Ética eudemia* 1216 a 26-39.

⁸ Esto se vuelve un motivo central en las escuelas filosóficas del período helenístico, epicúreos, estoicos, escépticos. Discuto su versión de los beneficios prácticos de la filosofía en NUSSBAUM, Martha, *La terapia del deseo: teoría y práctica en la ética helenística*, 1994.

⁹ Debe recordarse que un número sorprendentemente grande de ese jurado votó por los arrogantes alegatos del filósofo. Sócrates expresa sorpresa al notar no fue absuelto por sólo 30 votos (de un total de 500). PLATÓN, *supra* nota 1, 36A.

enseñanza del Derecho el mero aprendizaje de un oficio, debe probarse que el estudio de la ley es un asunto científico. Los casos son sus datos baconianos, a partir de los cuales el estudiante extrae principios legales y los sistematiza en una jerarquía deductiva. El “verdadero abogado” de Langdell es aquel que “posee tal maestría de los principios legales como para aplicarlos con facilidad y certidumbre constantes a la madeja siempre enredada de los asuntos humanos”.¹⁰ Cabe destacar que, en el contexto de su argumento a favor del lugar de honor que la enseñanza del Derecho merece en una gran universidad como Harvard, Langdell nunca se pregunta si el derecho no debería pertenecer a las disciplinas humanísticas así como (o incluso en vez de) las científicas. Por el contrario, asume que la afiliación con la ciencia es la única manera en que el derecho puede defenderse como disciplina ordenada y racional.

Esta idea ha tenido un gran poder, y ha sido fuente central de resistencia a la idea de que los estudiantes de Derecho deberían estudiar filosofía. Por ejemplo, en un epílogo al primer volumen del *Journal of Legal Studies*, Richard Posner describe de la siguiente manera el propósito de la publicación:

El objetivo del *Journal* es alentar la aplicación de métodos científicos al estudio del sistema legal. Como la biología a los organismos vivos, la astronomía a las estrellas o la economía al sistema de precios, así debieran ser los estudios legales al sistema legal: un esfuerzo por hacer observaciones precisas, objetivas y sistemáticas sobre cómo el sistema legal opera y por descubrir y explicar patrones recurrentes en las observaciones –las “leyes” del sistema–. A pesar de que muchos y distinguidos trabajos han sido pioneros en este sentido, es evidente que nuestra materia se encuentra en su estado pre-científico.¹¹

Posner, al igual que Langdell, iguala precisión con precisión científica, objetividad con el tipo de objetividad que los científicos creen a menudo lograr,¹² orden sistemático con la clase de orden sistemático pretendido

¹⁰ WILLIAM, L., *Twinning, Karl Llewellyn and the Realist Movement*, 1973, pp. 10-15.

¹¹ POSNER, Richard A., “Afterword”, en 1 *J. Legal Stud.*, 1972, p. 473.

¹² Presento las cosas de esta manera porque los científicos tienden a ser menos sutiles y prudentes en sus alegatos sobre la objetividad que los mejores filósofos que describen lo que la ciencia hace y ha conseguido. Los principales filósofos de la ciencia no

en ciencias. No se pregunta si hay otras disciplinas que contienen sus propias normas de precisión, objetividad y rigor, y, si las hay, cuáles de ellas tienen más para ofrecer al derecho. Esta clase de suposición ha tenido una enorme influencia en la enseñanza del Derecho. Hoy día, la mayoría de los estudiantes de leyes aprenden al menos algo de economía, pues se asevera a menudo que ésta es la ciencia (si se trata de una ciencia) más relevante para comprender el derecho. Muy raramente aprenden a hacer preguntas sobre esta suposición científica y a buscar interpretaciones alternativas de términos como rigor y sistema. Sócrates habría tenido algunas preguntas bien irritantes para hacer aquí, especialmente si sospechara que estaba lidiando con personas cuya confianza en la propia experiencia supera con creces su habilidad para responder preguntas sobre ella. Con esto no intento referirme al muy socrático Posner, siempre dispuesto a ser refutado si el argumento es bueno. Me refiero a cualquier hombre del derecho “considerado instruido e inteligente por muchas personas, y especialmente por sí mismo”. Si no hay personas como ésta en la profesión legal, entonces este argumento no estará dirigido a nadie.

Comenzaré con el proyecto de defender a Sócrates y profundizar sus pesquisas describiendo varias y diversas áreas de la enseñanza del Derecho en las cuales la filosofía parece tener mucho que ofrecer. Es un poco difícil hacerlo sin, al mismo tiempo, describir a la filosofía y lo que ha estado sucediendo en ella, pero espero dar suficientes ejemplos mientras avanzo en mi planteo. Consideraré luego algunas objeciones a la idea de enseñar filosofía en las escuelas de leyes y, finalmente, sugeriré algunas estrategias sobre la mejor manera de hacerlo.

A. INDAGACIÓN SOBRE LOS CONCEPTOS BÁSICOS UTILIZADOS EN LOS ARGUMENTOS LEGALES

La típica indagación socrática es el examen de algún concepto (o conceptos) que la persona en cuestión emplea todo el tiempo en su¹³ actividad

necesariamente hacen una distinción tajante entre ciencia e investigación social con respecto al tipo y grado de objetividad disponible. Ver PUTNAM, Hilary, “Objectivity and the Science-Ethics Distinction”, en *The Quality of Life* 143 (Martha Nussbaum y Amartya Sen, eds., 1993).

¹³ Sócrates no puede realmente cuestionar a las mujeres de Atenas, pues las ciudadanas no participaban de la vida pública. Pero anuncia que en la vida después de la

profesional, pero no ha clarificado para y hacia sí mismo. Comúnmente, los argumentos legales hacen uso de conceptos a cuya comprensión los filósofos profesionales han dedicado grandes esfuerzos; conceptos como justicia, igualdad, libertad, libre albedrío, emoción, sexualidad y deseo sexual, y la calidad de vida. Abogados y jueces se encuentran a menudo en la posición de pronunciarse en términos teóricos sobre estas cuestiones. Las opiniones judiciales están llenas de estas aseveraciones. Aun así, las discusiones pocas veces demuestran incluso la más elemental conciencia sobre el riguroso trabajo que los filósofos han estado haciendo, trabajo que habría, muy probablemente, contribuido al esclarecimiento del propio proceso de razonamiento de jueces y abogados sobre estos tópicos. Permítanme dar cuatro ejemplos concretos.

1. LIBRE ALBEDRÍO

En un libro de texto sobre procedimiento criminal de Saltzburg y Capra actualmente en uso en Stanford,¹⁴ se invita a los estudiantes que reflexionan sobre la admisibilidad de las confesiones en los juicios criminales a considerar la siguiente pregunta: “¿Es el ‘libre albedrío’ un estándar factible en las confesiones?”¹⁵ Luego se les pide que lean una declaración reciente del juez Posner¹⁶ sobre el test del “predominio del libre albedrío” en el cual Posner sugiere que el “libre albedrío”, tomado seriamente, requeriría la exclusión “de virtualmente todos los frutos del interrogatorio al detenido”, dado que ninguna confesión bajo esas circunstancias puede ser considerada libre. La pregunta realmente relevante, continúa Posner, es

si el gobierno ha vuelto imposible para el acusado decidir *racionalmente* si confesar o no –en otras palabras–, si le impide sopesar los pros y contras de hacerlo y sostener su parecer.

A la policía se le permite aprovecharse de las ansiedades, los temores y las incertidumbres del sospechoso; tan sólo se le impide magnificar

muerte planea interrogar a mujeres y varones por igual. Hades no impone restricciones tales. Ver, PLATÓN, *supra* nota 1, 40C.

¹⁴ SALTZBURG, Stephen A. y Daniel J. CAPRA, *American Criminal Procedure: Cases and Commentary*, 4^a ed., 1992.

¹⁵ *Id.* 501.

¹⁶ “Estados Unidos vs. Rutledge”, 900 F. 2d 1127 (7^o Cir. 1990).

esos temores e incertidumbres, a punto tal que la decisión racional se vuelve imposible.¹⁷

Saltzburg y Capra preguntan entonces a sus lectores: “¿El juez Posner ha descrito razonablemente los casos arriba enunciados? ¿Es su análisis consistente con el caso ‘Fulminante’?”¹⁸

Son éstas preguntas que no pueden ser contestadas adecuadamente sin ciertas consideraciones filosóficas sistemáticas y rigurosas sobre los conceptos en cuestión. Posner avanza sobre el problema al reconocer cuán vago y amorfo ha sido en su aplicación el concepto de “libre albedrío”, y cuán discutida y confusa es la noción misma del término. Acierta al sostener que es más sencillo responder la pregunta: “¿Estuvo el acusado en la posición de tomar una decisión racional sobre su confesión?” que contestar: “¿Era el acusado libre al momento de confesar?” Y en su interesante discusión en *Los problemas de la jurisprudencia*¹⁹ va aún más allá y arguye (en referencia a las discusiones filosóficas tanto tradicionales como modernas) que el libre albedrío debería ser interpretado como la habilidad de tomar decisiones racionales y no ya de las diversas y confusas maneras en que se lo interpreta en derecho. Pero creo hay aquí algunos problemas que merecen más trabajo.

En primer lugar, la noción de tomar una decisión racional no es clara como Posner cree que es. Su discusión del asunto en *Los problemas de la jurisprudencia*, aunque más informada por la filosofía que la mayoría de las discusiones legales, es aún breve y superficial para los estándares del debate filosófico en sí mismo. No distingue entre las acepciones de racionalidad utilizadas por las diferentes partes en el debate filosófico, y parece asumir que el propio entendimiento de Posner del término, uno informado por la economía,²⁰ es el más apropiado para definir libertad. Pero hay mucho debate sobre esto, incluso en el contexto del debate sobre el libre albedrío. La que considero es la mejor aproximación

¹⁷ *Id.* 1129, 1130.

¹⁸ SALTZBURG y CAPRA, *supra* nota 14, 502 (discutiendo “Arizona vs. Fulminante”, 111 S. Ct. 1246, 1991).

¹⁹ POSNER, Richard A., *The Problems of Jurisprudence*, 1991, pp. 171-89.

²⁰ Esto se observa en la definición misma de libre albedrío. *Id.* 174 (“la elección racional en el sentido de ajustar medios a fines, a pesar de que esos fines sean elegidos y el ‘ajuste’ involucre o no actividad mental consciente”).

a estas cuestiones en filosofía –*Libertad dentro de la razón*, de Susan Wolf²¹ arguye (con un detalle y un rigor que habrían sido útiles a la propia presentación de Posner)²² que el libre albedrío debería ser entendido en términos de la capacidad de hacer una elección racional. Pero Wolf tiene un concepto de elección racional diferente a la de Posner: la racionalidad en cuestión está definida como una habilidad de responder a cierta clase de argumentos éticos, y la naturaleza de los fines comprendidos en esos argumentos es de hecho crucial a la determinación de la racionalidad o irracionalidad de la persona. La discusión de Posner es simplemente demasiado vigorosa como para revelar estas importantes distinciones.

Parece, lo que es más, que Saltzburg y Capra se traen algo entre manos como cuando preguntan sobre el caso “Fulminante”.²³ Pues en este caso existe una cuestión del “predominio del libre albedrío” que no es fácilmente reducible al tema de la elección racional de Posner –o incluso en el sentido que propone Susan Wolf– y que no obstante parece despertar serias dudas sobre la admisibilidad de la confesión. Fulminante era sospechoso por el crimen espeluznante de un niño. No había sido acusado aún por ese crimen, pero estaba en prisión bajo otros cargos. Durante ese

²¹ WOLF, Susan, *Freedom within Reason*, 1990.

²² Una dificultad en el método de Posner, que descansa en un rápido escrutinio de una gran cantidad de literatura, es que raramente lleva a un compromiso crítico sutil con la sustancia y el detalle de los argumentos en cuestión. Los filósofos tienden a ser citados de la manera en que los artículos científicos son citados, como autoridades, pero Posner no dice por qué ha seleccionado una discusión particular sobre el libre albedrío por sobre otras, o qué piensa de los debates, a menudo intensos y detallados, entre las personalidades a las que se refiere. Ver POSNER, *supra* nota 19, 172 n. 19 (citando una lista de referencias sobre el libre albedrío que, al corroborarse, no revelarían posición alguna, sino muchas diferencias). Asimismo, Posner tiende a centrarse en las visiones sobre libre albedrío de respetados filósofos, sin notar que el prestigio de estos últimos se desprende de sus valiosas pero diferentes contribuciones. Creo que ningún filósofo en ejercicio a quien se le pide nombrar las mejores contribuciones sobre el libre albedrío en los últimos años mencione a Quine, a pesar de que Quine es uno de los filósofos más relevantes del siglo XX. Y el aporte de Davidson es evidentemente parte de su controversial y aunque ampliamente respetada visión sobre la filosofía de la acción. Aun así, Posner procede como si pudiera tomar esos aportes y volverlos autoritativos en su propia discusión, sin preguntarse (a) si está de acuerdo con todas las premisas de sus discusiones, o (b) si las contribuciones son, de hecho, los mejores argumentos sobre la materia. Ver, *id.* 171.

²³ “Arizona vs. Fulminante”, 111 S. Ct. 1246, 1991.

tiempo, un policía lo indujo a confesar y le dijo que otros prisioneros lo atacarían porque sospechaban que él fuera el culpable de la muerte del niño; si Fulminante confesaba, el policía lo protegería. Al concluir que la confesión así obtenida era inadmisibles, el juez White no argumentó que Fulminante no hubiera podido hacer una elección racional y sopesar costos y beneficios.²⁴ En cambio, adujo que el elemento de la amenaza en la situación había vuelto a la confesión involuntaria, a pesar de que el razonamiento de Fulminante había sido perfectamente racional bajo esas circunstancias. Parece erróneo, entonces, afirmar que la cuestión de la voluntad y la libertad está clara y completamente capturada en la propuesta alternativa de Posner. Tal vez las acepciones voluntad y libertad sean desorientadoras, y debiéramos encontrar otros términos para describir estas situaciones de coacción psicológica (Aristóteles, por ejemplo, llamaba a estos casos “acciones mixtas”, no involuntarias pero no completamente voluntarias, en tanto el sujeto actúa por “miedo a males mayores”).²⁵ No obstante, la esencia de la cuestión moral sigue siendo insignificante: Fulminante está siendo coaccionado tan efectivamente como si hubiera sido víctima de un lavado de cerebro o de la ingesta de drogas, aunque no de la misma manera. Tal vez Posner está preparado para argumentar que el

²⁴ *Id.* 1252-53. Tampoco discutió, desde luego, que Fulminante no cumplía con el criterio de racionalidad de Susan Wolf; ni mencionó la discusión de Wolf ni otras discusiones relativas anteriores, ni lidió con los temas que suscitaban. Pero de hecho, Fulminante era aparentemente racional en el sentido de Wolf, capaz de responder a las razones sobre el bien y la verdad. Es otra cuestión si, al decidir cometer el crimen, si es que lo cometió, estaba actuando con racionalidad wolfiana.

²⁵ ARISTÓTELES, *Ética nicomaquea III 1*, 1110a3ff. Los ejemplos de Aristóteles son un hombre que tira por la borda la carga de su barco para salvar a la nave y a sí mismo, y un hombre que hace algo vergonzoso cuando un tirano se lo ordena bajo amenaza de matar a sus padres y a sus hijos si se niega. Éstas son cosas, dice Aristóteles, que en general nadie elegiría, pero en las circunstancias particulares “cualquier persona razonable” lo haría. Dado que la persona inicia la acción con pleno conocimiento de las circunstancias y la naturaleza de la acción, son más bien acciones voluntarias, y en otro sentido son involuntarias, pues se trata de la clase de acciones que en general nadie jamás haría. Para una visión reveladora sobre esta parte del pensamiento aristotélico, ver STOCKER, Micel, *Plural and Conflicting Values*, 1990. Y también NUSSBAUM, Martha C., *The Fragility of Goodness: Luck and Ethics in Greek Tragedy and Philosophy*, 1986, pp. 25-50, 318-42. Para un buen abordaje de este fenómeno, ver MARCUS, Rith Barcan, “Moral Dilemmas and Consistency”, en 77 *J. Phil.* 121, 1980, y WILLIAMS, Bernard, “Ethical Consistency”, en *Problemas del ser: papeles filosóficos 1956-1972*, 1973, p. 166.

resto de la cuestión del libre albedrío no es moral o legalmente significativa. De ningún modo debería desestimarse rápidamente, como si fuera tan sólo una noción imprecisa fácilmente reemplazable por una noción más clara de racionalidad costo-beneficio (de hecho, podría agregar que uno de los problemas más evidentes de la noción económica de racionalidad es la dificultad de dilucidar conflictos de este tipo).²⁶ Creo que un poco de cuestionamiento socrático en esta área, junto a la reflexión que los mejores filósofos tienen para ofrecer en ella, sería de gran valor para este debate.

2. LAS EMOCIONES

Dado que he escrito extensamente sobre este tópico,²⁷ este ejemplo será breve, pero se trata de uno tan importante que no quisiera desestimarlo. Las opiniones judiciales con frecuencia discuten las emociones y la relación entre “emoción” y “razón”. Estas discusiones son un nido de confusión. El simple antagonismo entre emoción y razón se da comúnmente por sentado entre aquellos que creen que las emociones no tienen lugar en el pensamiento judicial y quienes creen que lo tienen. Nadie se detiene a preguntar, más precisamente, cuál es la relación real entre emoción y razón, qué son las emociones en sí mismas, en qué medida y cómo están basadas en creencias, en qué medida y de qué manera encarnan concepciones de sus objetos, si y cómo pueden ser modificadas por la argumentación. Éstos son puntos de partidas elementales para las investigaciones filosóficas sobre la emoción, desde Platón²⁸ hasta Ronald de Sousa.²⁹ Existe un alto grado de consenso en trabajos

²⁶ Ver RICHARDSON, Henry, *Rational Deliberation of Ends*; SEN, Amartya, *On Ethics and Economics*, 1987. Abordo esta cuestión en NUSSBAUM, Martha C., “Plato on Commensurability and Desire”, en *Love’s Knowledge: Essays on Philosophy and Literature*, 1990, pp. 106-24.

²⁷ NUSSBAUM, Martha, “Skepticism about Practical Reason in Literature and the Law”, en 107 *Harv. L. Rev.*, febrero de 1994 (de aquí en más, “Skepticism”); NUSSBAUM, *supra* nota 8; NUSSBAUM, Martha, *Upheavals of Thought; a Theory of Emotions: The Gifford Lectures*, 1993, 1996; NUSSBAUM, Martha, “Las emociones como juicio de valor”, en 5 *Yale J. Criticism* 201, 1991; NUSSBAUM, Martha, “Equity and Mercy”, en *Phil. & Pub. AFF.*, 1993 (clase dictada en la Escuela de Leyes de la Universidad de Chicago, 1992).

²⁸ PLATÓN, *La República*, libro IV, 435 A. ff.

²⁹ El mejor trabajo filosófico reciente sobre el tema es DE SOUSA, Ronald, *The Rationality of Emotion*, 1987.

filosóficos recientes³⁰ –y también en trabajos antropológicos³¹ y psicológicos³²– que postulan que las emociones no son tires y aflojes sin sentido, sino formas de percepción o pensamiento, altamente sensibles a las concepciones sobre el mundo y los cambios en ellas. No obstante, los jueces proceden como si ninguna de estas discusiones existiera. En un caso reciente de instrucción judicial, “California vs. Brown”,³³ el juez O’Connor, fallando por la mayoría, contrasta “una respuesta moral razonada a los antecedentes, carácter y crimen del imputado” con una “mera simpatía o emoción”.³⁴ El juez Blackmun, que disiente y en defensa de las emociones utiliza no obstante el contraste vago y rutinario entre racionalidad y emoción: “Si bien la decisión de conceder el perdón al imputado puede ser racional o moral, ésta puede desprenderse también de la apelación del acusado a la simpatía o piedad de quien sentencia, cualidades humanas cuya naturaleza es innegablemente emocional”.³⁵ Aquí creo que

³⁰ Además de de Sousa, ver GORDON, Robert M., *The Structure on Emotions: Investigations on Cognitive Philosophy*, 1987; LYONS, Williams, *Emotion*, 1980; SOLOMON, Robert C., *The Passions*, 1976.

³¹ Ver BRIGGS, Jean L., *Never in Anger: Protrait of an Eskimo Family*, 1970; LUTZ, Catherine, *Unnatural Emotions: Everyday Sentiments on a Micronesian Atoll and their Challenge to Western Theory*, 1988.

³² Ver AVERILL, James, *Anger and Aggression: an Essay on Emotion*, 1982; BOWLBY, John, *Attachment and Loss: Attachment*, 1982; 2 *Attachment and Loss: Separation*, 1973; 3 *Attachment and Loss: Sadness and Depression*, 1980; LAZARUS, Richard S., *Emotion and Adaptation*, 1991; OATLEY, Keith, *Best Laid Schemes: the Psychology of Emotions*, 1992; ORTONY, Andrew, Gerald L. CLORE y Allan COLLINS, *The Cognitive Structure of Emotions*, 1988; SELIGMAN, Martin E. P., *Helplessness: On Depression, Development, and Death*, 1975. Opiniones relacionadas sobre la emoción se han vuelto de más en más prominentes también en el pensamiento psicoanalítico, en la escuela de “relación de objeto”. Ver, entre otros, CHODOROW, Nancy, *The Reproduction of Mothering: Psychoanalysis and the Sociology of Gender*, 1978; FAIRBAIRN, W. R. D., *Psychoanalytic Studies on the Personality*, 1952; STERN, Daniel N., *Diary of a Baby*, 1990.

³³ 479 U. S. 538 (1986).

³⁴ *Id.* 545.

³⁵ *Id.* 561-63. Discuto estas opciones en NUSSBAUM, *Equity*, *supra* nota 27. Otros defensores del recurso a la emoción que emplean el simple contraste entre emoción y razón son MASSARO, Tomi M., “Empathy, Legal Storytelling, and the Rule of Law: New Words, Old Wounds?”, en 87 *Mich. L. Rev.* 2099, 1989, y HENDERSON, Lynn N., “Legality and Empathy”, en 85 *Mich. L. Rev.* 1574, 1987. Una buena defensa de la idea de que la emoción puede iluminar y comunicar el entendimiento, aun así preservando la dicotomía emoción/razón, es la de GEWIRTZ, Paul, “Aeschylus’ Law”, en 101 *Harv. L. Rev.* 1043, 1988. Una crítica prometedor sobre la dicotomía se encuentra en MINOW,

ciertos cuestionamientos filosóficos –al menos los suficientes para mostrar a un joven abogado que estas oposiciones no deben darse por sentadas, que es preciso hacerse más preguntas– contribuirían a la manera en que estas cuestiones son abordadas en ciertas áreas del derecho.

3. SEXUALIDAD

Los jueces a menudo toman decisiones sobre sexo. Tal como efectivamente lo pone el juez Posner,³⁶ lo hacen muy mal, con, por ejemplo, muy poca información histórica y científica. Su libro *Sexo y razón* muestra claramente el rol que estas amplias concepciones juegan en las interpretaciones legales y los juicios sobre el sexo. Pero su análisis apunta a algo más: a un problema filosófico. Sus datos comparativos y transculturales indican que muchas de las categorías sexuales que nos resultan tan naturales y necesarias son de hecho artefactos de la historia.³⁷ Preguntarse en qué medida el deseo sexual y la emoción son “construcciones sociales” en este sentido nos conduce a un ámbito en el que la filosofía, influenciada en particular por el importante trabajo de Michel Foucault,³⁸ ha formado recientemente una rica y fructífera sociedad con la historia y la antropología.³⁹ La contribución filosófica a esta empresa común es bien trascendente, pues, como el Sócrates de Platón ya lo entendía,⁴⁰ uno

Martha L. y Elizabeth V. SPELMAN, “Passion for Justice”, en 10 *Cardozo L. Rev.* 37, 1988. Destaco que el artículo es una colaboración entre una teórica del derecho y una filósofa.

³⁶ POSNER, Richard A., *Sex and Reason*, 1992, 2, 4, 7, 442. Discuto el libro de Posner en NUSSBAUM, Martha, “Venus in Robes”, en *The New Republic*, 20 de abril de 1992, p. 36, y en NUSSBAUM, Martha, “Only Grey Matter? Richard Posner’s Cost-Benefit Analysis of Sex”, en 59 *U. Chi. L. Rev.* 1689, 1992.

³⁷ Ver también POSNER, Richard A., *The Economic Analysis of Homosexuality*, leído en la Conferencia sobre Derecho y Naturaleza de la Universidad de Brown, publicado y editado por David Estlund y Martha Nussbaum.

³⁸ FOUCAULT, Michel, *The History of Sexuality, the Use of Pleasure*.

³⁹ La literatura en esta área es demasiado amplia y vasta como para citarla, pero con respecto a la antigua evidencia griega –la cual es teóricamente importante, pues se la conoce en detalle y hay buenos trabajos sobre ella– ver DOVER, K. J., *Greek Homosexuality*, 1978; HALPERIN, David M., *One Hundred Years of Homosexuality and other Essays on Greek Love*, 1990; WINKLER, John J., *The Constraints of Desire: The Anthropology of Sex and Gender in Ancient Greece*, 1990.

⁴⁰ Me refiero a las reflexiones sobre la naturaleza del apetito, el deseo y la emoción presente en los libros II-IV de *La República*, en PLATÓN, *Phaedrus*, y en PLATÓN, *Philebus*.

no puede indagar debidamente en la “construcción social”⁴¹ si no comprende adecuadamente qué es un deseo, qué es una emoción, qué es el placer, cómo el deseo es distinto a una punzada o dolor corporal, y demás. Incluso una figura tan importante en esta área como Michel Foucault se queda corto, en mi opinión, en tanto no persigue estos interrogantes fundacionales lo suficientemente lejos, asumiendo, por ejemplo, que el placer en sí mismo es algún tipo de sentimiento que varía sólo en intensidad, que no hay necesidad de preguntarse qué clase de cosa es.⁴² Sócrates y Platón lo sabían bien. Las indagaciones históricas y comparadas como las que Foucault y Posner conducen harían de la literatura legal en esta importante temática, algo mucho mejor de lo que actualmente es. Y un poco más de rigor y profundidad filosóficos sobre los conceptos básicos la harían aún mejor.

4. LA CALIDAD DE VIDA

En derecho se habla a menudo del bienestar humano y de la situación particular de personas, grupos de personas y países. A veces se asume que uno sabe o conoce lo que busca al hacerse estas preguntas. (Cuando esto es así, se cree que lo que se mide es alguna forma de deseo-satisfacción o preferencia-satisfacción en el caso de los individuos, y alguna forma de utilidad promedio o total, o riqueza promedio o total, en el caso de los grupos o naciones).⁴³ Pero éstos son, de hecho, conceptos en

⁴¹ En PLATÓN, *La República*, libros II-III, Sócrates arguye que la organización apropiada de la sociedad puede prevenir la formación de ciertos deseos y emociones, en particular el miedo y la lástima; en los libros IV, VII y IX toma una posición más equívoca sobre el deseo sexual, sosteniendo que es una parte natural del equipamiento del cuerpo humano, pero aun así no sólo controlada, sino también modificada, con educación social. De esta manera, se acerca a la posición moderna del construccionismo social. Los filósofos helénicos se acercan a esta última aún más, al punto de involucrar a la emoción y al deseo sexual. Discuto sus visiones en NUSSBAUM, *supra* nota 8, y en *Constructing Love, Desire and Care*, leído en la Conferencia sobre Derecho y Naturaleza de la Universidad de Brown y publicado, *supra* nota 37.

⁴² Critico estos aspectos del argumento de Foucault en NUSSBAUM, Martha C., “Affections of the Greeks”, en *N. Y. Times Book Rev.*, 10 de noviembre de 1985, p. 13 (en la reseña de FOUCAULT, Michel, *Uses of Pleasures*, 1985).

⁴³ Los ejemplos abundan, pero una fuente especialmente rica se encuentra en los escritos de Posner. Ver, POSNER, Richard A., *The Economics of Justice*, 1981; POSNER, *supra* nota 19; POSNER, *supra* nota 36.

pugna. Al observar a una sociedad e intentar despejar interrogantes sobre su calidad de vida, no resulta obvio cómo hacerlo. ¿Deberían considerarse la riqueza y los ingresos o también su distribución? ¿Deberían considerarse todos los indicadores de calidad de vida mensurados en una única escala cuantitativa o debería reconocerse la existencia de valores inconmensurables? ¿Debería tomarse la palabra de la gente como un indicador válido o buscar otro más objetivo? Si se recurre a esta última opción, ¿puede uno escapar al paternalismo? Todas estas cuestiones están en el corazón de las partes de la filosofía política actual, la economía para el desarrollo y la economía del bienestar que se permiten hacerse esta clase de preguntas. Permítanme citar un fragmento de la introducción del volumen sobre este tópico que he publicado recientemente en colaboración con Amartya Sen, pues su espíritu socrático se ajusta particularmente bien a mi argumento y también porque representa una colaboración entre la filosofía y la economía.⁴⁴

Economistas, decisores de políticas, científicos sociales y filósofos aún se enfrentan al problema del cálculo, la medida, la valoración y la evaluación. Necesitan saber cómo les va a las personas en diferentes partes del mundo, y necesitan saber qué es lo que supone hacerse esta pregunta. Cuando abordan el problema adecuadamente, lo hacen conscientes de la complejidad de evaluar a la vida humana, y con el deseo de admitir, al menos en un principio, el espectro más amplio posible de opciones para aproximarse a este tema, de indicadores confiables.

Por supuesto, es posible no preguntarse nada en absoluto, adherir a una fórmula mecánica fácil de usar y que ha sido empleada antes. La pregunta no formulada no necesita una respuesta. Este volumen es un intento por hacer preguntas y proponer y examinar algunas posibles respuestas.⁴⁵

⁴⁴ La colaboración es compleja, interna a cada uno de los autores y también entre editores, pues Sen fue educado en la Universidad de Cambridge en Filosofía y Economía, y ha publicado sobre ambas disciplinas a lo largo de su carrera. Al momento de la publicación de este artículo, tenía una cátedra en los Departamentos de Filosofía y Economía de Harvard. Yo no tengo credencial alguna en Economía, pero desde 1986 he sido consejera de investigación en el Instituto Mundial para la Investigación en Economía del Desarrollo en Helsinki.

⁴⁵ NUSSBAUM, Martha y Amartya SEN, "Introduction", en *The Quality of Life*, *supra* nota 12, p. 2.

No es demasiado sorprendente que coincida con los criticismos y recomendaciones implícitos en la defensa de la duda. Las propuestas teóricas que Sen y yo planteamos están comenzando a tener un efecto práctico amplio y significativo.⁴⁶ Simplemente agregaría que el derecho es otra área en la que este tipo de duda sería una cosa muy buena.

B. PREGUNTAS METODOLÓGICAS Y EPISTEMOLÓGICAS

La filosofía no sólo se ocupa de asuntos específicos; también se examina a sí misma, preguntándose qué son la creencia y el conocimiento, qué es la racionalidad, qué significa interpretar un texto, qué métodos son conducentes al conocimiento y cuáles no. Una vez más, este rigor, creo, tiene mucho que ofrecer al derecho, el cual inevitablemente habla sobre evidencia y conocimiento, sobre interpretación, objetividad, y sobre la naturaleza de la racionalidad. El punto no es que los filósofos tienen una llave secreta a estas preguntas complejas, sino que ellos pasan toda su vida trabajando sobre ellas, mientras que los abogados raramente les dedican algo de tiempo. Entonces, hay al menos alguna chance de que las indagaciones más sistemáticas y detalladas de los filósofos ofrezcan algo a los letrados.

Consideremos el supuesto de Langdell, que postula que si el derecho es racional y sistemático, debe ser entonces una jerarquía deductiva de principios. Con certeza es relevante detenerse en este supuesto a la luz de los debates sobre método y racionalidad tanto en la filosofía de la ciencia como en la filosofía política y moral. Tal vez resulte que ninguna disciplina realmente funciona como Langdell cree que funciona la ciencia,⁴⁷ o tal vez resulte que la ciencia sí funciona de esta manera, pero

⁴⁶ PNUD, *Human Development Report*, 1993, utiliza mediciones de calidad de vida fuertemente influenciadas por los escritos de Sen. Para ver la sustancia de sus propuestas, ver SEN, Amartya, *Choice, Welfare, and Measurement*, 1982; SEN, Amartya, *Commodities and Capabilities*, 1985, y SEN, Amartya, *Resources, Values and Development*, 1984. Para mi propia contribución teórica, ver NUSSBAUM, Martha, "Aristotelian Social Democracy", en *Liberalism and the Good*, pp. 203-52, 1990, y NUSSBAUM, Martha, "Human Functioning and Social Justice: In Defense of Aristotelian Essentialism", en *20 Pol. Theory* 202, 1992, pp. 202-46. Una excelente discusión sobre el enfoque se encuentra en CROCKER, David A., "Functioning and Capability: The Foundations of Sen's and Nussbaum's Development Ethic", en *20 Pol. Theory* 584, 1992.

⁴⁷ Para un poderoso argumento a tales efectos, ver PUTNAM, *supra* nota 12.

el derecho, en aspectos relevantes, no es como la ciencia. Es preciso preguntarse este tipo de cuestiones.

Otra vez tomemos la caracterización de Posner sobre la racionalidad en su opinión sobre "Rutledge"⁴⁸ (aunque desde luego uno podría encontrar cientos de casos como éste en sus escritos) como la habilidad de reconocer costos y beneficios, y los comentarios relacionados en *El problema de la jurisprudencia*, en el cual la racionalidad es la habilidad de instalar medios a fines, "sea como fuere que esos fines son definidos".⁴⁹ Seguramente sería relevante reparar en esa suposición a la luz de los debates recientes en filosofía moral sobre la conmensurabilidad o inconmensurabilidad de los valores y sobre cuán adecuadas o inadecuadas sean las teorías utilitarias de la racionalidad.⁵⁰ Mi experiencia cruza la línea divisoria entre filosofía y economía; habitualmente los filósofos utilitarios están mucho más cerca de los filósofos no utilitarios que de los economistas (con raras excepciones) en lo que respecta a las críticas que ellos creen necesarias a las teorías utilitarias de la racionalidad,⁵¹ a las calificaciones que uno debe importar. Parece pertinente señalar al joven abogado que lo que a menudo es tomado como normativo y no controvertido en su educación es, de hecho, muy controversial y acaso no completamente defendible en un argumento. En todo caso, debemos cuestionarnos todo esto. El derecho se ha vuelto metodológicamente filosófico en algunas áreas, en particular en los debates sobre la interpretación en el derecho constitucional. Pero este autoexamen podría extenderse aún más allá y hacerse más rigurosamente, con beneficios para todos.

Es crucial, siguiendo este proyecto, que los filósofos que trabajan en él no tomen distancia de sus colegas abogados a cuestiones metafísicas y epistemológicas de una manera más abstracta y menos práctica. Pues lo relevante de la filosofía como disciplina es que permanece cerca de

⁴⁸ "United States vs. Rutledge", 900 F. 2d 1127 (7^o Cir. 1990).

⁴⁹ POSNER, *supra* nota 19, p. 174.

⁵⁰ Ver ANDERSON, Elizabeth, *Value in Ethics and Economics*, 1993; RICHARDSON, *supra* nota 26; SEN, *supra* nota 26; SEN, Amartya, "Rational Fools: A Critique of the Behavioral Foundations of Economic Theory", en 6 *Phil. & Pub. Affairs* 317, 1977. Para la relevancia de estas ideas para el derecho, ver SUNSTEIN, Cass, *Incommensurability in Law*, y también SUNSTEIN, Cass, "On Analogical Reasoning", en 106 *Harv. L. Rev.* 741, 1993.

⁵¹ Ver BRANT, Richard B. A., *Theory of the Good and the Right*, 1979; GRIFFIN, James, *Well-being: Its Meaning, Measurement, and Moral Importance*, 1986.

un núcleo fundamental de cuestiones sobre las cuales el debate y las argumentaciones probablemente continúen de forma indefinida, aunque, de manera ideal, progresivamente las alternativas adquieran un mayor refinamiento. Muchos departamentos académicos son grupos de especialistas relativamente aislados, con pocos intereses comunes; en varios de ellos sería un infrecuente coloquio departamental que podría despertar el interés de todos sus miembros. La filosofía tiene sus campos menores, eso es seguro, y estos ámbitos ciertamente requieren de especialistas. Pero dado que las cuestiones metodológicas, fundacionales y epistemológicas residen en el corazón de la filosofía moral, de la filosofía política, de la filosofía de la ciencia y de las ciencias sociales, y de cada período en la historia de la filosofía, es un campo mucho más troncal e interactivo que el resto, y ésta es una de sus mayores fortalezas.⁵²

C. PREGUNTAS ESPECÍFICAS DE POLÍTICAS

La “filosofía aplicada” es una empresa próspera, y parte de su trabajo es muy bueno. Los filósofos que mejor lo hacen han adquirido un amplio conocimiento fáctico y experiencia en las disciplinas sobre las que se pronuncian, pero al mismo tiempo han mantenido las conexiones con sus bases disciplinarias y sus rigurosas búsquedas teóricas y fundacionales. Dado que el derecho trata con muchas áreas de políticas en las cuales los filósofos se han enredado, puede sacar provecho de las contribuciones concretas hechas de los argumentos filosóficos en estos terrenos. El más avanzado de ellos en términos colaborativos es el terreno de la ética médica, donde los debates filosóficos sobre los derechos y los intereses de los pacientes han redefinido significativamente la legislación en gran parte de los Estados Unidos y el exterior,⁵³ donde los

⁵² Éste es un intento de responder a uno de los puntos señalados por Posner en su discusión, en el cual no reconozco mi propia profesión. Desde luego es posible que existan departamentos de filosofía en los cuales la gente no se habla porque no se agradan, pero ésa no es la cuestión. Dejando de lado las áreas más técnicas de la lógica y la filosofía de la ciencia, la mayor parte de lo escrito en estas áreas es accesible a todos sus miembros.

⁵³ Para un ejemplo saliente de escritura en esta área, ver BUCHANAN, Llen E. y Dan W. BROCK, *Deciding for Others: the Ethics of Surrogate Decision Making*, 1989. Brock integró el equipo de filósofos de la Comisión Presidencial para el Cuidado de la Salud y la Ética Médica durante la administración Carter y jugó un rol activo en la redacción

debates sobre la calidad de vida han tenido un rol fundamental en la revisión de las definiciones de la muerte;⁵⁴ donde los debates sobre el aborto han contribuido ya a los análisis legales y judiciales. Una sofisticación similar y alcance práctico se han hecho extensivos en el campo de la ética medioambiental y la ética del trato animal,⁵⁵ una vez más, con considerable impacto práctico, y también en el creciente ámbito de la ética del desarrollo, donde los debates sobre el bienestar y la calidad de vida producen transformaciones concretas en las prácticas de recolección de información y formulación de políticas.⁵⁶ En la medida en que el derecho se involucra en estas áreas, plantea muy a menudo cuestiones normativas sobre lo que debería ser. Me parece que puede plantear preguntas mejores si se informa sobre este cuerpo de trabajo filosófico.

D. INSTITUCIONES LEGALES Y PRÁCTICAS

He dejado lo más obvio para el final, pues es evidente que los filósofos han escrito directamente sobre el derecho, sobre la naturaleza de las instituciones legales, sobre el castigo, sobre la ética de las prácticas legales y mucho más. El hecho de que las discusiones legales sobre estos asuntos se beneficiarían del estudio de lo que los filósofos del derecho tienen para decir no debe impulsarse tan férreamente como en el caso de mis otros puntos, por lo que me referiré al punto más polémico de todos.

E. LA DUDA

Una prestigiosa filósofa moral aficionada a plantear duros dilemas en forma de desconcertantes ejemplos imaginarios dio clases durante cierto tiempo en una famosa facultad de Derecho. Un día presentó a su clase uno de sus ejemplos más famosos, el cual suscita cuestiones muy sutiles sobre responsabilidad moral y legal, sobre la relación entre actos y omisiones, y mucho más. Tenía la intención de presentarlo tal y como

de legislación. Al momento de la publicación de este artículo, prestaba sus servicios en la sección de Ética de la Comisión Clinton de Cuidado de la Salud.

⁵⁴ Ver BROCK, Dan, "Quality of Life Measures in Health Care and Medical Ethics", en *The Quality of Life*, *supra* nota 12, pp. 95-132 (con extensa bibliografía).

⁵⁵ Ver RACHELS, James, *Created from Animals: The Moral Implications of Darwinism*, 1990.

⁵⁶ Ver *The Quality of Life*, *supra* nota 12; CROCKER, *supra* nota 46; *Human Development Report*, *supra* nota 46.

lo enseñaba usualmente a los filósofos y aclaró sus implicancias de manera de demostrar cuán complicadas y confusas son en verdad estas cuestiones, y cuán difícil es dar un orden coherente a todas las intuiciones relevantes. Su intención se frustró. Los estudiantes de leyes continuaron preguntándole cuál era la respuesta correcta, sin siquiera proponerse a ensayar una. Esto le pareció desconcertante, y contraproducente para el tipo de comprensión que ella consideraba más relevante para el derecho. La filósofa era Judith Jarvis Thomson, quien tal vez tuviera una influencia práctica mayor a la de cualquier otro filósofo americano (a través de su famoso artículo sobre el aborto)⁵⁷ y difícilmente fuera una teórica insensible a la necesidad de soluciones prácticas. La escuela de derecho no era una escuela de negocios alejada de la teoría y la intelectualidad: se trataba de Yale.

Esta historia llega al corazón de mi preocupación con Sócrates como modelo, por cuanto lo que resulta más agravante sobre Sócrates a los atareados profesionales⁵⁸ con quienes se topa es el hecho de que él no permitirá arribar a una conclusión nítida. Siempre hay más indagaciones, siempre más complejidad, siempre más preguntas irritantes. Tal como consta en *Calidad de vida*, siempre es posible no cuestionar, y la pregunta no hecha no necesita ser contestada. El Señor Gradgrind sabía que un sistema ordenado estaría mejor sin incentivar a sus alumnos a plantear preguntas.⁵⁹ Estoy segura de que estimular en los alumnos hábitos de pensamiento que serán rápidamente aplastados, extirpados por la profesión legal, es un dilema complejo de resolver. Por otro lado, me parece que a los jueces y los pensadores del derecho les vendría bien un poco más de duda socrática: una indagación rigurosa y concertada sobre las

⁵⁷ THOMSON, Judith Jarvis, "A Defense of Abortion", en 1 *Phil. & Pub. AFF.* 67, 1971, reimpresso en THOMSON, Judith Jarvis, *Rights, Restitution, and Risk: Essays in Moral Theory*, 1986.

⁵⁸ Esta palabra es de alguna manera un anacronismo, puesto que muchos de los políticos y poetas con quienes habla no habían generado dinero en provecho propio. Pero la uso para indicar que eran conocidos y descriptos en la ciudad por la especialidad que practicaban, y a la cual dedicaban un gran esfuerzo y grandes cantidades de tiempo, como los profesionales modernos.

⁵⁹ A propósito de la escuela de Gradgrind, ver NUSSBAUM, Martha C., "The Literary Imagination in Public Life", en 22 *New Literary Hist.* 879, 1991. Ésta es la primera de mis lecciones sobre Rosenthal, impartida en la escuela de derecho de la Universidad de Northwestern en la primavera de 1991.

sutilezas de alguna cuestión fundamental, informada por información empírica relevante. Creo también, como Sócrates, que esta clase de reflexiones y pensamientos es algo bueno de hacer para los seres humanos en general. Lo que quiero decir es, pues, que permitan que los estudiantes de leyes se planteen interrogantes, y luego, tal vez, donde sea que estén, sentirán la presión de una pregunta socrática que crece para molestarlos mientras procuran ser simples.

Esto es, creo, una de las más grandes desventajas de utilizar la ciencia como normativa en el razonamiento legal. Pues la ciencia, al menos como la practican los científicos, es raramente socrática, y de algún modo no puede serlo. No puede someter a escrutinio sus propias concepciones y fundamentos al tiempo que lleva adelante sus investigaciones. Thomas Khun ha demostrado que hay una distinción bien precisa entre la "ciencia común y corriente" y el cuestionamiento de paradigmas que acontece en tiempos de revolución científica.⁶⁰ Concebir el derecho como "ciencia común y corriente" lo ha vuelto impermeable a muchas preguntas que debería seguir haciéndose a sí mismo y aprendiendo a formular mejor.

II

He hablado de los usos de la filosofía. Ahora es preciso que me expose sobre sus potenciales abusos, que son numerosos, y fracasar en confrontarlos podría rápidamente desbaratar la empresa que tengo en mente.

Sócrates y Aristóteles vieron que los archienemigos de la buena filosofía en la vida pública eran los sofistas, quienes gracias a su hábil discurso consiguen captar atención, pero cuya falta de un compromiso humano profundo y de un riguroso autoescrutinio los lleva a anticipar propuestas que sólo consiguen el descrédito de la filosofía ante la gente

⁶⁰ KUHN, Thomas S., *The Structure of Scientific Revolutions*, 2ª ed., 1970. Con relación al punto de Posner, señalo que Kuhn ha sido entrenado en filosofía y ciencia, y ha desarrollado trabajos interdisciplinarios. No sé en qué disciplina obtuvo su doctorado, pero esto es irrelevante (mi propio doctorado no es en filosofía, sino en filología clásica); lo que importa es la disciplina en la que uno se desempeña, sobre la que uno recibe críticas de sus colegas, etc.

práctica.⁶¹ En este respecto, no nos hemos alejado demasiado de la antigua Atenas. Los sofistas siguen presentes, y, desafortunadamente, un gran número de los filósofos que se estudian en las escuelas de derecho son sofistas.⁶² Esto es así pues es más fácil estudiar a un sofista que a un buen filósofo, en tanto un sofista a menudo dirá que el resto ha cometido un simple y único error y es entonces preciso leer sólo su obra y no a los otros. Un sofista escribirá seductoramente y en jerga, llevándolos a pensar que han llegado a dominar algo profundo si han aprendido cómo usar esta última. No es mi intención dar nombres aquí; no quisiera herir susceptibilidades pues no tengo tiempo suficiente para respaldar mis críticas con argumentos. Pero sí creo que la gran influencia de la teoría literaria continental reciente a propósito de los aspectos filosóficos de la academia legal ha sido desastrosa para el derecho y para el rol de la filosofía en el derecho.⁶³ Ha llevado la discusión a lugares que, ya hace tiempo, han probado ser improductivos para el debate; ha llevado a los estudiantes a ser menos rigurosos y más indiferentes a la claridad lógica.

Sostengo que la tradición de la filosofía analítica es en parte responsable de esto, pues en ocasiones ha escrito quisquillosamente y cargada de jerga, adoptando conceptos de claridad y rigor excesivamente estrechos.⁶⁴ Quienes la practican han demostrado desdén por lo práctico y lo político. El modo en que se expresan repele a los curiosos prácticos, pues su lenguaje está lleno de guiños y alusiones, y no consiguen apelar, a través de ejemplos, al sentido de experiencia del lector. Cicerón hizo esta crítica de la filosofía académica hace tiempo, dirigiéndose a los estoicos:

⁶¹ Para la opinión de Aristóteles sobre esto, ver ARISTÓTELES, *supra* nota 27.

⁶² Ver NUSSBAUM, Martha C., *Sophistry about Conventions*, en NUSSBAUM, *supra* nota 26, at 220-29; NUSSBAUM, "Skepticism...", *supra* nota 27.

⁶³ Para discusiones sobre esta influencia y ejemplos concretos, ver NUSSBAUM, "Skepticism...", *supra* nota 27. Hablo allí de la teoría literaria continental y no íntegramente de la filosofía continental, que es un asunto diferente y mucho más complejo. Ver "Discusión", en 45 *Stan. L. Rev.* 1671, 1687, 1993 (comentarios de Martha Nussbaum).

⁶⁴ Éste es un tema central en NUSSBAUM, *Love's Knowledge...*, *supra* nota 26. Y para un excelente tratamiento de este tema, ver TANNER, Michael, "The Language of Philosophy", en *The State of the Language*, pp. 458-466 (Leonard Michaels y Christopher Rickes, eds., 1980).

Sus argumentos silogísticos, pequeños y estrechos, pinchan a sus oyentes como alfileres. Incluso si asienten intelectualmente, de ninguna manera se los afecta en sus corazones, sino que se alejan en la misma condición en la que llegaron. El tema en cuestión sea tal vez cierto y acaso importante; pero los argumentos lo abordan con mezquindad y no como lo amerita.⁶⁵

Estos mismos errores, en filosofía analítica contemporánea, han llevado a mucha gente a pensar que ésta no tiene nada que ofrecer a las personas inmersas en la vida corriente y han contribuido al encanto suscitado por los proveedores de aparente y engañosa profundidad. Sin embargo, la solución no reside en deshacerse del rigor y la precisión de la tradición analítica, sino en enseñarle cómo escribir y cómo pensar. No hay razón para que la filosofía rigurosa no pueda ser bien escrita, adaptada para comunicar verdades importantes a la gente ocupada por los asuntos prácticos. La historia de la filosofía provee toda clase de refutaciones a esa idea. Comenzando, el menos en la tradición occidental, por Platón, seguido de Hume y Adam Smith, y J. S. Mill y William James hasta los más eximios escritores filosóficos del presente.

Hay otros riesgos para una filosofía que procura interactuar productivamente con el derecho. La filosofía es a veces demasiado indiferente a los hechos empíricos, a la ciencia, a la historia, a la psicología. Este defecto, lo suficientemente malo cuando la filosofía se las ve consigo misma, es absolutamente fatal cuando trata de dialogar efectivamente con los abogados. La historia de la ética médica en los Estados Unidos muestra que este defecto no debe existir, que los filósofos son perfectamente capaces de aprender lo que tienen que aprender para hablar con los profesionales de otras disciplinas. Otros vicios son más difíciles de evitar, pues están vinculados a las virtudes filosóficas. Dada su preocupación por las investigaciones con final abierto y el debate, por los interrogantes en el mejor sentido, la filosofía es lenta cuando se trata de arribar a soluciones concluyentes. A veces parece agonizar casi estéticamente frente a las dificultades de la vida. Pero los abogados quieren y necesitan resultados concluyentes, y la clase de Judith Jarvis Thomson en Yale no estaba tan errada al pretender una solución al problema, si

⁶⁵ CICERÓN, *De finibus*, 4.7.

bien su paciencia era ciertamente prematura, coartando el aprendizaje real que su argumento podía proporcionar.⁶⁶

Finalmente, surgen problemas muy interesantes e inquietantes cuando la respuesta que parece ser ideal en términos filosóficos no es la que (mejor) puede ser implementada en el marco de la estructura institucional vigente. Mi colega Dan Brock, miembro de la Comisión Clinton para el Seguro de Salud, también trabajó en la administración Carter como filósofo de la Comisión Presidencial para el Seguro de Salud y la Ética Médica. Como filósofo, había pasado bastante tiempo criticando la precisa distinción entre matar y dejar morir, arguyendo que al reflexionar sobre esta distinción no era posible dar cuenta de intuiciones comunes y prácticas que la preserven como diferencia central en lo que a terminar la vida respecta. Pero también había argüido que en algunas circunstancias matar es moralmente admisible. Pronto descubrió que la política pensaba diferente: sería posible aprobar una ley que se ajustara a los resultados que él consideraba mejores, pero sólo insistiendo firmemente en la distinción entre matar y dejar morir, y luego aseverando que esta línea caía justo donde él realmente creía que residía la diferencia entre muerte permisible y no permisible. Un filósofo remilgado no serviría de guía en este caso. Brock se debatía entre ser un filósofo remilgado o uno que quería lograr resultados.

Lo mismo sucede con frecuencia en derecho. En un trabajo reciente sobre teoría y práctica legal, Cass Sunstein da ejemplos sorprendentes de casos en los que, tras considerar todas las opciones, lo que parece ser mejor no lo es en un mundo con las limitaciones características del derecho.⁶⁷ Un principio de libre expresión filosóficamente ideal puede ser menos capaz de funcionar en nuestras estructuras institucionales imperfectas que uno filosóficamente menos defendible. Los jueces nunca son libres de resolver lo mejor. Están limitados por la historia, por los precedentes, por la naturaleza de las instituciones legales y políticas. Esto significa que cualquier filosofía que contribuya con el derecho debe ser flexible y atenta empíricamente, y no ya remilgada y lejana. El pro-

⁶⁶ Sobre esto como posible inconveniente a un abordaje filosófico del derecho, ver, SUNSTEIN, Cass R., "On Legal Theory and Legal Practice", en 37 *Nomos: Theory and Practice*, 1993.

⁶⁷ *Id.* N. 29.

pósito no debería ser producir estudiantes que piensen como filósofos; el propósito debería ser producir estudiantes que puedan usar los aportes de la filosofía de una manera flexible al lidiar con los problemas prácticos que encuentren.

III

¿Cómo funcionaría todo esto concretamente? ¿Imagino una cátedra de filosofía, obligatoria para todos los estudiantes? Y si lo hago, ¿cuáles de entre los tantos temas aquí mencionados debería abarcar esa cátedra? ¿O, en cambio, imagino un enfoque en el cual la filosofía domina el programa de estudios, y las cuestiones y dudas filosóficas se discuten en el segundo y tercer año de la carrera, sea cual fuere el tópico en cuestión que las suscita? La misma pregunta se ha hecho Deborah Rhode, en un artículo reciente sobre la enseñanza de la ética legal.⁶⁸ Tiendo a simpatizar con su preferencia por lo que ella llama “el método dominante”. Pero debo definir pros y contras antes de arribar a la solución que realmente preferiría.

Por otro lado, el filósofo que dicte en una escuela de leyes un curso especializado tendrá muy poco contacto con el resto de la educación de sus estudiantes. Un curso especializado en filosofía –incluso uno diseñado de manera tal que aborde discusiones metodológicas y al mismo tiempo haga un buen trabajo filosófico sobre una variedad de problemas (una tarea por cierto desalentadora)– estaría demasiado desvinculado del resto de lo que los estudiantes estuvieran haciendo como para tener demasiado impacto en la manera en que reflexionarían sobre cada tema legal conforme surgieran. Esta distancia estaría agravada por la probable separación entre el filósofo visitante y el resto de los docentes. Estos últimos no sabrían en qué estaría trabajando el primero y tendrían pocos incentivos para integrarlo a sus propias currículas. Sin interacción entre ellos, el filósofo no adquiriría los conocimientos de derecho suficientes para hacer una contribución contundente.

Por otro lado, el filósofo que lea artículos sobre tópicos filosóficos en las publicaciones legales recientes será disuadido sobre los probables

⁶⁸ RHODE, Deborah L., “Ethics by the Pervasive Method”, en 42 *J. Legal Educ.* 31, 1992.

resultados del método dominante. Lo que el juez Posner dice en su trabajo es manifiestamente cierto: Los estándares profesionales de la filosofía sobre ella misma son bien diferentes a los estándares aplicados en los artículos filosóficos en esa clase de publicaciones. La mayor parte de lo que he leído sobre emoción y empatía en derecho, por ejemplo, no recibiría una nota demasiado buena aunque se tratase de un ensayo escrito por un estudiante de grado en el curso que dicto en Brown; no guardaría ninguna relación interesante con la literatura profesional de la disciplina. Lo que esto parece demostrar es que los académicos del derecho que captan algo de filosofía y hacen una o dos cosas en ese campo, lo hacen bastante mal. No es que esto sea sorprendente, pues nada que uno aborde sin el suficiente estudio y experiencia puede ser bueno. Lo asombroso es que la gente asume que puede hacerlo, mientras que jamás se creerían capaces de escribir sobre ciertas cuestiones matemáticas sin los años suficientes de estudio previo, o de cantar en el escenario de la Ópera de San Francisco sin antes tomar clases de canto. Esta deplorable circunstancia sugiere que la enseñanza de la filosofía en las escuelas de derecho debe ser impartida por filósofos profesionales.

¿Cómo deberíamos lidiar con este dilema? Propongo el siguiente modelo. Las escuelas de derecho podrían emplear a uno o dos filósofos, preferentemente en trabajos de medio tiempo. Conservarían una estrecha conexión con su disciplina base y continuarían enseñando a estudiantes de filosofía, pero tendrían también suficiente tiempo en la escuela de leyes para aprender, gradualmente, mucho sobre derecho, tomando clases y eventualmente dando clases en los cursos del primer año. Enseñarían, al mismo tiempo, algunos cursos especializados en filosofía, y en seminarios. Más allá de esto, se harían esfuerzos por establecer grupos de trabajo que reúnan al filósofo con el resto del cuerpo docente, con el propósito de estudiar en profundidad y detalle la manera en que las cuestiones filosóficas serán integradas a la enseñanza regular del Derecho. Así, el filósofo se vuelve un recurso para toda la comunidad legal y es al mismo tiempo forzado a ser práctico y empíricamente entendido en su aproximación al derecho.

Este mismo modelo es usado en todo el país en las facultades de medicina, con excelentes resultados. Para atenerme a mi propia institución, mi colega Brock dedica la mitad del tiempo a la escuela de filosofía

y la otra mitad a la escuela de medicina. En esta última, es tanto docente como referente en la enseñanza teórica y la práctica clínica. Puesto que los doctores ven que él no es un académico altanero con quien mantener charlas abstractas ocasionales, sino un profesional comprometido que hace las rondas con ellos y se preocupa por los detalles de su trabajo, confían en él y permiten ser influidos por sus argumentos. En tanto él sabe lo que ellos están haciendo, puede dar argumentos pertinentes y no ya vacíos. Dado que los estudiantes escuchan sus rigurosos argumentos, muchas veces perciben las cosas de otra manera, en especial en lo concerniente a los derechos de los pacientes, donde a menudo los médicos más jóvenes creen saberlo todo. Porque no ha abandonado el departamento de filosofía, sino que continúa interactuando con colegas y estudiantes en temas de epistemología, metafísica, teoría de la acción y varias áreas de teoría política y moral, es capaz de retener el rigor de la filosofía y llevar ese rigor a su trabajo médico.

Comencé con los filósofos de la antigua Grecia; terminaré con un joven estudiante doctoral que escribía su tesis sobre la conexión entre teoría y práctica en los filósofos de la antigua Grecia. Él sostenía que la tradición filosófica griega ofrecía al filósofo moderno un paradigma mundano de compromiso, y al mundo, un ejemplo de la importancia práctica de la filosofía. Su punto era el siguiente:

La filosofía no está fuera del mundo de la misma manera en que el cerebro del hombre no está fuera suyo. Pero la filosofía, de seguro, se presenta en el mundo con su mente antes de plantarse en la tierra con sus pies, mientras que muchas otras esferas humanas han estado enraizadas en la tierra y recolectado los frutos del mundo mucho antes de notar que la "cabeza" también pertenece a este mundo o que este mundo es el mundo de la cabeza.⁶⁹

El autor de esta aseveración fue también el autor de la influencia práctica de la filosofía en el mundo más penetrante jamás conocida desde que Marco Aurelio gobernaba el Imperio Romano. No digo con esto que el filósofo legal debiera en general ser un seguidor de Karl Marx o buscar la clase de influencia que Marx buscaba (de hecho, Marx repudió la

⁶⁹ MARX, Karl, *Rheinische Zeitung*, 14 de julio de 1882.

concepción que había tenido en su juventud sobre el rol de guía de las ideas en la vida pública y estaría reñido con el punto de vista que estoy desarrollando aquí).⁷⁰ Lo que sí creo es que esta exuberante afirmación expresa dos verdades importantes: éste es un mundo filosófico, nos guste o no; un mundo en el que las ideas y concepciones filosóficas son entendidas o malinterpretadas, para bien o para mal, y la acción se toma como resultado de estos entendimientos. Al mismo tiempo, por su objetividad, e incluso tal vez gracias a ella, el filósofo es visto como alguien que contribuye al mundo. Sus pensamientos y argumentos guardan relación con el mundo y con el potencial de conducirlo a un entendimiento más completo y claro de sí mismo. Creo que estos hechos nos dan razones bien poderosas para incorporar la enseñanza de filosofía a la enseñanza del Derecho.

⁷⁰ No deseo, sin embargo, negar la importancia fundamental de las instituciones, leyes y condiciones materiales en la formación de ideas; estoy discutiendo aquí sólo una dirección de un proceso de influencia que es evidentemente recíproco.