

Reformulación pragmática de la filosofía del Derecho. Características de una teoría realista del Derecho*

Pragmatic reconstruction in jurisprudence. Features of a realistic legal theory

Brian Z. Tamanaha

John S. Lehmann University Professor, Washington University School of Law

btamanaha@wustl.edu

Cita recomendada:

Tamanaha, B.Z. (2020). Reformulación pragmática de la filosofía del Derecho. Características de una teoría realista del Derecho. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 19, pp. 10-41.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5701>

Recibido / received: 05/04/2020
Aceptado / accepted: 03/08/2020

Resumen

Hace un siglo, los pragmatistas promovieron una reformulación de la filosofía. La filosofía del momento estaba centrada en el análisis conceptual, las abstracciones, el análisis *a priori* y la búsqueda de verdades necesarias y universales. Los pragmatistas argüían que, por el contrario, la filosofía debería centrarse en los problemas del momento, lo que requiere que los teóricos presten atención a la complejidad social, la variación, el cambio, el poder, las consecuencias y otros aspectos concretos de la vida social. Los paralelismos entre la filosofía de entonces y la filosofía del Derecho de hoy son sorprendentes y, como sostengo, requieren una teoría del Derecho de inspiración pragmatista en la filosofía del Derecho contemporánea. La teoría realista expuesta en este ensayo se centra en lo que es el Derecho, para qué se utiliza el Derecho, qué piensa la gente sobre el Derecho, cómo actúan en relación con el Derecho y cuáles son las consecuencias sociales del Derecho. Esta retrata al Derecho como un complejo de instituciones que evoluciona a lo largo del tiempo en conexión con los factores sociales, culturales, económicos, políticos, tecnológicos y ecológicos circundantes. Valiéndose del pragmatismo, este ensayo adelanta los aspectos epistemológicos, ontológicos y metodológicos de la teoría realista del Derecho junto a un muestreo de las nuevas percepciones que lo distinguen o que desafían posiciones ampliamente mantenidas en la filosofía del Derecho. Los temas tratados son, en

* Traducción de José María Sauca.

Agradezco los comentarios y críticas de José María Sauca Cano, Timothy Murphy, Toni Mullenix, Andrew Botterell, los evaluadores anónimos y demás participantes en el seminario celebrado el 7 de mayo del pasado año en la Universidad Carlos III de Madrid, a versiones previas de este trabajo.

orden, el pragmatismo, la reformulación de filosofía del Derecho, el naturalismo, el historicismo y el holismo, la construcción social del Derecho y el instrumentalismo, el poder y los ideales.

Palabras clave

Pragmatismo, Dewey, historicismo, holismo, construcción social del Derecho, instrumentalismo.

Abstract

A century ago the pragmatists called for reconstruction in philosophy. Philosophy at the time was occupied with conceptual analysis, abstractions, a priori analysis, and the pursuit of necessary, universal truths. Pragmatists argued that philosophy instead should center on the pressing problems of the day, which requires theorists to pay attention to social complexity, variation, change, power, consequences, and other concrete aspects of social life. The parallels between philosophy then and jurisprudence today are striking, as I show, calling for a pragmatism-informed theory of law within contemporary jurisprudence. The realistic theory outlined in this essay focuses on what law does, what law is used for, what people think of law, how they act in relation to law, and what the social consequences of law are. It portrays law as a complex of institutions that evolve over time in connection with surrounding social, cultural, economic, political, technological, and ecological factors. Drawing on pragmatism, this essay sets forth the epistemological, ontological, and methodological aspects of the realistic theory of law, along with a sampling of insights that differ from or challenge widely held positions within jurisprudence. The topics covered, in order, are pragmatism, reconstruction in jurisprudence, naturalism, historicism and holism, social construction of law, and instrumentalism, power, and ideals.

Keywords

Pragmatism, Dewey, historicism, holism, social construction of law, instrumentalism.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Pragmatismo. 3. Reformulación en filosofía del Derecho. 4. Naturalismo. 5. Historicismo y holismo. 6. El Derecho como una construcción social. 7. Instrumentalismo, poder e ideales. 8. Conclusión. Bibliografía.

1. Introducción

Hace un siglo, los pragmatistas llamaron a una reformulación de la filosofía. La filosofía del momento estaba ocupada en el análisis conceptual, las abstracciones, el análisis *a priori* y la búsqueda de verdades necesarias y universales. Los pragmatistas argüían que la filosofía debería, por el contrario, centrarse en los acuciantes problemas del momento, lo que requiere que los teóricos presten atención a la complejidad social, la variación, el cambio, el poder, las consecuencias y otros aspectos concretos de la vida social. Los paralelismos entre filosofía de entonces y la filosofía del derecho de hoy son sorprendentes y, como sostengo, apelan a una teoría del Derecho de inspiración pragmatista en la filosofía del Derecho contemporánea. En la estela de Hart y su giro de mediados del siglo pasado en favor del análisis conceptual, «las fronteras de la investigación iusfilosófica se han estrechado progresivamente a lo largo del siglo XX» (Coyle, 2013, p. 401). La actual filosofía del Derecho está dominada por iusfilósofos comprometidos en el análisis conceptual conformado sobre intuiciones que persiguen identificar las características esenciales y las verdades atemporales sobre el Derecho. En la persecución de estos objetivos, separan el Derecho de sus orígenes sociales e históricos; ignoran la variación y el

cambio y reducen drásticamente el Derecho a un fenómeno singular –como un sistema de planificación de la coerción para complejos problemas morales– (Shapiro, 2011) y niegan que la fuerza coercitiva sea una característica universal del Derecho, entre otras vías por las que se alejan de la realidad del Derecho; algunos prominentes filósofos del Derecho incluso proponen argumentos que invocan a extraterrestres o sociedades de ángeles.

La teoría realista diseñada en este ensayo se centra en qué hace el Derecho, para qué se usa el Derecho, qué piensa la gente sobre el Derecho, cómo actúan en relación con el Derecho y qué consecuencias sociales tiene el Derecho. Retrata al Derecho como un complejo de instituciones que evoluciona en el tiempo en conexión con los factores sociales, culturales, económicos, políticos, tecnológicos y ecológicos circundantes (Tamanaha, 2017a)¹. Valiéndose del pragmatismo, este ensayo adelanta los aspectos epistemológicos, ontológicos y metodológicos de la teoría realista del Derecho junto a un muestreo de las nuevas percepciones que lo distinguen o que desafían las posiciones ampliamente mantenidas en la filosofía del Derecho. Los temas tratados son, en orden, el pragmatismo, la reformulación de filosofía del Derecho, el naturalismo, el historicismo y el holismo, la construcción social del Derecho y el instrumentalismo, el poder y los ideales.

2. Pragmatismo

Charles Saunders Peirce, William James, John Dewey y George Herbert Mead estuvieron influidos por la teoría evolucionista darwiniana, la explicación probabilística y el modelo científico de la investigación y la experimentación que veían como permanentes en toda indagación humana. Los seres humanos se comprometen con acciones en sus medios naturales y sociales, siguiendo hábitos y costumbres, usando herramientas, reaccionando ante conceptos, creencias y teorías, persiguiendo objetivos, aprendiendo de éxitos y fracasos, adaptándose a circunstancias cambiantes, construyendo un cuerpo de conocimiento colectivo que se incorpora al lenguaje, ideas, conceptos, teorías, hábitos y prácticas sociales, normas, reglas, principios, instituciones, instrumentos y tecnología. En todo momento, el impresionante cúmulo de conocimiento social es el legado de previas acciones exitosas, con los nuevos descubrimientos que se añaden, modifican o reemplazan lo previamente establecido. James observó que «nuestras vías fundamentales de pensar sobre las cosas son descubrimientos de nuestros más remotos antecesores que fueron capaces de preservarse a ellos mismos a través de la experiencia de todo tiempo posterior» (James, 1975, p. 83).

Los humanos, como todas las especies, tienen rasgos y necesidades naturales y toman parte de actividades en los medios naturales y sociales que apuntan a la supervivencia, la procreación y la mejora de las condiciones de su existencia. «El hombre como criatura natural, actúa como actúan la masa y las moléculas; vive como viven los animales, comiendo, luchando, sintiendo miedo, reproduciéndose», escribió Dewey. «Tal y como vive, algunas de sus acciones generan una comprensión y las cosas adquieren sentido; para ellos se convierten en signos de otras cosas, significados de expectativas y de recuerdos, preparativos para lo que está por venir y celebraciones por lo que se ha ido» (1960, pp. 269-297). Razonamiento, lenguaje, conocimiento, valores, instituciones sociales y todo lo demás que los humanos hacen y crean está en su naturaleza y no fuera o separadamente de ellos (Dewey, 1960, pp.

¹ En este ensayo se articulan los presupuestos pragmáticos de la teoría realista del Derecho y concreta los materiales configuradores de tipo naturalista, holista y social de la teoría en términos de la ontología social del Derecho y que no fueron estudiados en detalle en el libro. También articulo una aproximación pragmatista a cuestiones sobre el instrumentalismo, el poder y el bien común y la justicia que no fueron tratados en el libro.

196, 211 y 233-234). El pragmatismo presenta una visión progresiva de la existencia social humana evolucionando continuamente con la acumulación y el despliegue del conocimiento obtenido en el curso de nuestras acciones orientadas a objetivos.

El pragmatismo, en la perspectiva de James, incluye un método y una teoría de la verdad. El método nos transmite que el significado de las nociones descansa en sus consecuencias para la acción y sus consecuencias para las teorías, conceptos e ideas que informan las acciones². «Para alcanzar una claridad perfecta en nuestros pensamientos sobre un objeto tan solo necesitamos considerar entonces qué efectos de tipo práctico puede implicar ese objeto», escribió James. «Nuestra concepción de esos efectos, bien sean inmediatos o remotos, nos supone, entonces, la totalidad de nuestra concepción del objeto, en la medida en que dicha concepción tiene un significado totalmente definitivo (1975, p. 29). O, como Dewey apuntó, «una cosa es –es definida como– lo que es; “lo-que-es” se manifiesta en los términos de los efectos específicos que produce extrínsecamente en otras cosas» (1926, pp. 655-660).

Las verdades consisten en creencias que resultan fiables cuando actuamos sobre ellas. «Las ideas verdaderas son aquellas que podemos asimilar, validar, corroborar y verificar. Las ideas falsas son aquellas que no» (James, 1975, p. 97). Los hechos están enmarcados por nuestras conceptos y teorías, sujetos a y disciplinados por una realidad externa. «Nuestras ideas deben concordar con las realidades, sean realidades concretas o abstractas, sean hechos o sean principios, bajo sanción de permanente inconsistencia y frustración», observó James (1975, p. 101). Expuesto por Dewey (1948, p. 156):

Si las ideas, significados, concepciones, nociones, teorías, sistemas son instrumentales para una reorganización activa de un medio dado, para la supresión de algún problema y perplejidad, entonces el test de su validez y utilidad [*value*] se extiende al cumplimiento de esta tarea. Si tienen éxito en su empeño, son confiables, sensatos, válidos, buenos, verdaderos.

Las verdades se obtienen en comunidades de investigadores que actúan y comprueban proposiciones, descartando aquellas que fracasan, reteniendo aquellas que tienen éxito. El método pragmático y su concepción de la verdad están orientados empíricamente en el sentido de que están basados en la experiencia de hacer pruebas de cursos de acción dirigidos a objetivos y a la observación de las consecuencias. Este es el «reinado del temperamento empirista», subrayó James (1975, p. 31).

Los filósofos continúan debatiendo los matices y las versiones pragmatistas rivales de la teoría de la verdad (Bernstein, 2010, cap. 5). Es importante enfatizar que esta no es una teoría subjetivista fundada en creencias individuales. Pierce, James y Dewey aceptaban «que hay un objetivo mundo real “ahí afuera” que es independiente de nosotros; esto es, independiente de nuestras opiniones subjetivas y prejuicios» (Bernstein, 2010, p. 114). Adquirimos verdades acerca del mundo mediante nuestras prácticas sociales de justificación en comunidades de investigadores que incluyen la experimentación, la corroboración, la verificación y las tentativas de falseación; las verdades halladas como fiables para algunos propósitos actuales podrían ser posteriormente reemplazadas en el curso de reacciones ante nuevas teorías y proyectos (Bernstein, 2010, p. 114).

Recientes cambios en los paradigmas científicos enseñaron a los pragmatistas que las teorías y las leyes previamente consideradas como absolutamente

² Esta es la «Máxima pragmática del significado» articulada por Peirce. Un tratamiento más amplio e instructivo de la explicación de las implicaciones del pragmatismo para el Derecho está en Haack (2018).

verdaderas –como la mecánica newtoniana o la geometría euclidiana– son marcos sustituibles que construyen parcialmente los hechos que hallan. Nuevas teorías – como la Teoría de la Relatividad de Einstein y la geometría no-euclidiana– dan lugar a diferentes conjuntos de hechos, explicaciones y predicciones (Dewey, 1960, pp. 108-139 y 186-187). El valor de una teoría depende de la medida en que desarrolla esos intereses y objetivos. «Las teorías devienen entonces en instrumentos, no en respuestas a enigmas en las que podemos descansar» (James, 1975, p. 32). Los temas son, en gran parte, llevados a cabo mediante hábitos rutinarios y prácticas basadas en creencias y teorías implícitas; las cuestiones surgen cuando la gente se confronta con dificultades o nuevas situaciones o preguntas, dando entrada a la formulación de nuestras teorías para ayudar al avance. Teorías, nociones, sistemas, creencias e ideas son instrumentos que guían la investigación y la acción, siempre sometidas a revisión o sustitución sobre la base de limitaciones sobrevenidas o produciendo consecuencias fructíferas (Dewey, 1948, p. 145). Existe una pluralidad de perspectivas con una multitud de posibles miradas, intereses y encuadramientos. Los científicos «han acabado acostumbrándose a la noción de que ninguna teoría es solo una mera transcripción de la realidad, pero que cualquiera de ellas puede, desde algún punto de vista, ser útil. Su gran utilidad es resumir viejos hechos y liderar nuevos» (James, 1975, p. 33).

Los pragmatistas articularon su posición contra las aproximaciones filosóficas que buscaban proclamar verdades absolutas, universales y necesarias. El pragmatista, explica James, «se aleja de las abstracciones y de la insolencia, de soluciones verbales, de malas razones *a priori*, de principios fijos, de sistemas cerrados y de falsos absolutos y puntos de partida. Se gira sobre lo concreto y lo adecuado, hacia la acción y hacia el poder» (1975, p. 31). En *Reconstruction in Philosophy*, Dewey caracterizaba la orientación prevalente de los filósofos occidentales (1948, p. xii):

Ellos se han visto a sí mismos y se han presentado ante el público como ocupados con algo que ha sido diversamente expresado como el Ser, la Naturaleza o el Universo, el Cosmos en general, la Realidad, la Verdad. Cualesquiera que sean los nombres que utilicen, tienen una cosa en común: suelen designar algo tomado para ser fijo, inmutable y fuera del tiempo, esto es, eterno. Al ser concebido para ser universal u omnicompreensivo, este ser eterno es concebido por encima y más allá de todas las variaciones en el espacio.

[Dewey] observó que, aunque estas teorías son expuestas «bajo la forma de ocuparse de una realidad última» (1948, p. 26), aquello que los filósofos articulan en forma abstracta son generalizaciones selectivas extraídas de las creencias y valores prevalentes en el momento en que eran formuladas (1948, p. xii). Además, los filósofos a menudo racionalizan el *status quo*, sirviendo como apologetas del orden existente y obstaculizando las reformas necesarias para satisfacer los intereses, necesidades y circunstancias cambiantes (1948, pp. 18-19). Para hablar con autoridad, formulan sus generalizaciones en «definiciones abstractas y argumentaciones ultra-científicas» y «tienden a mostrar una exagerada adhesión al sistema para su propio beneficio y una pretenciosa demanda de certeza» (1948, pp. 20-21).

El pragmatismo, por el contrario, enfatiza la falibilidad, el pluralismo, la contingencia, el cambio continuo, la adaptación y las circunstancias particulares. Contra la fijeza y el determinismo, cree en un horizonte abierto de posibilidades; los pragmatistas abogan por el *meliorismo*, los esfuerzos reformadores tendentes a la mejoría social. «El mundo en el que los filósofos ponen su confianza es un mundo cerrado», escribe Dewey, «un mundo internamente consistente con un número limitado de formas fijas y que tiene fronteras externas definitivas» (1948, p. 54). Pero,

estamos en un mundo «infinitamente variado (...) tan múltiple y de amplio alcance que no puede ser resumido y captado por una única fórmula» (1948, p. 61). Esta es una «concepción del universo cuya evolución no está terminada; de un universo que está todavía, en términos de James, en proceso de devenir; de un universo que, hasta cierto punto, es todavía maleable» (Dewey, 1963, p. 25).

El pragmatismo ha crecido y decrecido en influencia desde su articulación inicial y existen varios tipos de pragmatismo tan diferentes entre sí que pragmatismo(s) es una etiqueta más apropiada³. Por mi parte, a los efectos de una teoría realista del Derecho, he conformado un núcleo de ideas y actitudes ampliamente compartidas por James, Dewey, Mead y de aproximaciones propias de la filosofía del Derecho y de la teoría social que se corresponden con esas perspectivas o se siguen de la aplicación de esas perspectivas⁴. La perspectiva pragmática central de la verdad y del conocimiento expuesta más arriba proporciona los presupuestos epistemológicos de la teoría. La metodología pragmatista implica una completa introducción en la sociedad de aportaciones empíricas desde todas las ciencias sobre el Derecho. El naturalismo, el historicismo, el holismo y el constructivismo social que se describen en los siguientes apartados, son aspectos de una ontología social que coinciden con las perspectivas pragmáticas sobre la conducta humana y la sociedad. La orientación pragmática hacia la enseñanza de cuestiones sociales y jurídicas centra su atención en el instrumentalismo y sólo después en el poder y los ideales.

3. Reformulación en filosofía del Derecho

La filosofía del Derecho analítica de hoy se compone de positivistas jurídicos y de teóricos del Derecho natural (numéricamente dominados por los primeros) quienes se ven a sí mismos como filosóficamente abiertos en método y orientación. Sus objetivos y métodos reciben una intensa influencia del giro de la filosofía del siglo XX que los pragmatistas pretendieron reformular. «Una teoría consiste en verdades necesarias» afirma Joseph Raz, «porque sólo las verdades necesarias sobre el Derecho revelan la naturaleza del mismo. Hablamos de “la naturaleza del Derecho”, o de la naturaleza de cualquier otra cosa, para referirnos a aquellas características del Derecho que son la esencia de lo jurídico; lo que hace que el Derecho sea lo que es» (2009, pp. 24 y 17). Jules Coleman sostiene que «el proyecto descriptivo de la filosofía del Derecho es identificar las características esenciales o necesarias de nuestro concepto de Derecho» (1998, p. 393, nota 24). Una teoría del Derecho debe «consistir en proposiciones sobre el Derecho que sean necesariamente verdaderas, en oposición a las verdades meramente contingentes», escribe Julie Dickson, porque «solo las proposiciones necesariamente verdaderas sobre el Derecho son capaces de explicar la naturaleza del Derecho» (2001, p. 18). «Descubrir la naturaleza del Derecho», dice Scott Shapiro, «sería, en parte, descubrir sus propiedades necesarias, esto es, aquellas propiedades que el Derecho no puede dejar de tener» (2011, p. 9).

Las características esenciales y necesarias son, de conformidad con los filósofos analíticos del Derecho, universalmente verdaderas para todas las

³ Una completa panorámica de las diferencias puede seguirse en Haack (2006). Los pragmatistas discrepan sobre puntos básicos y a menudo están divididos entre la de Peirce, James y la de Mead. Me ocupé principalmente de este último dejando de lado sus diferencias. Para una discusión más amplia sobre pragmatismo véase Tamanaha (1997). Un contraste más relevante se encuentra entre los filósofos que enfatizan los elementos realistas u objetivistas de las perspectivas pragmáticas de la verdad, como Hilary Putnam, frente a filósofos como Richard Rorty que rechazan esos elementos. Véase, respectivamente, Hilary Putnam y Ruth Anna Putnam (2017) y Rorty (1979).

⁴ Susan Haack ha publicado recientemente un ensayo (2018) sobre diversas implicaciones del pragmatismo para la teoría del Derecho. Aunque abordo una temática diferente en este ensayo, concuerdo con muchos de sus análisis.

sociedades. El teórico iusnaturalista John Finnis señala que «una teoría del Derecho natural afirma la pretensión de ser capaz de identificar las condiciones y principios de la corrección, del bien y del orden adecuado entre los hombres y en la conducta individual» (1980, p. 18). En ausencia de esta universalidad, lamenta, solo hay «diversos conceptos peculiares de pueblos particulares» (1980, p. 18). Green sostiene que «las características necesarias del Derecho son aquellas que se encuentran no solo en todos los históricos y actuales sistemas jurídicos, sino en todos los posibles –o todos los humanamente posibles– y estos son innumerables e inobservables» (2013, p. 33). Algunos pretenden que sea literalmente la verdad universal. En palabras de Shapiro (2011, pp. 406-407, nota 16):

La ciencia social no puede decirnos qué es el Derecho porque ella estudia las sociedades humanas. Sus aportaciones no tienen relevancia para el filósofo del Derecho porque es una obviedad que los no-humanos podrían tener Derecho. La ciencia ficción, por ejemplo, está llena de historias sobre civilizaciones alienígenas con alguna forma de sistema jurídico.

Las verdades universales y atemporales, sostiene, se mantienen en el pasado, en el presente y en el futuro. «Es fácil de explicar en qué sentido la filosofía jurídica es universal», según Raz, ya que «sus tesis, si son ciertas, se aplican universalmente ya que hablan de todo Derecho, de todos los sistemas jurídicos, de aquellos que existen o que existirán e incluso de aquellos que puedan existir aunque no lleguen a existir nunca. Más aún, sus tesis son sostenidas como necesariamente universales» (2009, p. 91). Los principios que Finnis identifica existen totalmente fuera del tiempo, postulando que «los principios del Derecho natural...no tienen historia» (1980, p. 24). Y reitera: «hablando estrictamente, no podría haber historia de la propia ley natural. Esta no podría surgir, declinar, ser revivida o representar su “eterno retorno”. No podría tener logros históricos a su favor» (1980, p. 24).

En otro trabajo he analizado críticamente las afirmaciones de filósofos analíticos del Derecho sobre verdades necesarias y universales en todas las sociedades y todos los tiempos, detallando por qué no son sostenibles (Tamanaha, 2017b). Un rápido ejemplo demostrará una deficiencia insuperable en la posición de Raz. Él afirma que «mientras la teoría general del Derecho es universal, es también local» (2009, p. 95). Lo que quiere decir es que sus características universalmente verdaderas se derivan por abstracción de “nuestros” locales conceptos de Derecho. Sin embargo, Raz también reconoce que el concepto de Derecho cambia a lo largo del tiempo, así «nuestro concepto [de Derecho] tiende a cambiar permanentemente» (2009, p. 98). El problema es que la verdad universal que pretende mantenerse a través de todo tiempo y lugar no puede derivarse de históricamente contingentes conceptos de Derecho que varían y cambian a lo largo del tiempo. Para ver por qué, permítasenos conceder que Raz I (hoy) identifica las características esenciales universalmente verdaderas del Derecho como A, B y C; mientras que Raz II (un milenio después) identifica las universalmente verdaderas características del Derecho como A, B, C y D. (El concepto de Derecho evoluciona en el *interim* para añadir una cuarta característica). Para el propio argumento de Raz, cada teoría es universalmente verdadera del Derecho en todo tiempo y lugar. De acuerdo con los criterios de cada juicio, sin embargo, el otro juicio es falso. Consecuentemente, las respectivas teorías del Derecho formuladas por Raz I y II son, al final, universalmente verdaderas y falsas. Esta paradoja corrobora la observación de Dewey sobre el inevitable destino de los esfuerzos filosóficos para identificar verdades esenciales y universales: «el intento de incluir todo lo que es dudoso en el campo de lo que es teóricamente cierto está destinado a la falsedad y el subterfugio y, en consecuencia, tendrá el estigma de la contradicción interna» (1960, p. 244). El defecto fundamental en este modo de razonar ha sido identificado por James: «los conceptos solo son

extractos humanos del transcurso del tiempo» que los filósofos distorsionan «tratándolos como un tipo de ente superior, brillante, inmutable, verdadero, divino y radicalmente opuesto en su naturaleza al turbido inquieto mundo inferior» (1996, p. 218). El pragmatismo «abandonó lo eterno como marco de referencia absoluto para el pensamiento y enfatizó la ineluctable omnipresencia del cambio temporal en la naturaleza de las cosas» (Wiener, 1965, p. 191).

El pragmatismo, además, cuestiona los métodos utilizados por los filósofos analíticos del Derecho. Shapiro se ocupa del «análisis conceptual [que] se desarrolla con base en nuestras intuiciones» (2011, p. 23) para identificar las características esenciales del Derecho (2011, pp. 13-38). Para Raz, «las condiciones que fijan la identidad de conceptos particulares son idealizaciones elaboradas fuera de nuestras prácticas conceptuales, esto es, fuera del uso de estos conceptos en general» (2009, p. 23). Al tiempo de que los conceptos son imprescindibles, para los pragmatistas la llave para comprender no se vincula al concepto de Derecho o a las intuiciones sobre el Derecho sino a las acciones realizadas en relación con el Derecho y sus consecuencias. El Derecho es lo que hace: lo que hace la gente con y mediante el Derecho y los resultados de esas acciones. Conocer esto requiere conocimiento empírico sobre el Derecho.

La dependencia de la auto-evidencia es también criticable desde las tesis pragmatistas. Finnis sostiene que los bienes básicos son deseables por sí mismos (son bienes «intrínsecos»), y no por su valor instrumental; son «auto-evidentes», esto es, cada bien básico «no puede ser demostrado pero igualmente no necesita demostración» (1980, pp. 64-65). Son obvios –obviamente válidos– para todo aquel que tenga experiencia de investigación sobre cuestiones de juicio fáctico o teórico (incluyendo las históricas y filosóficas); no tienen necesidad alguna de demostración. Son objetivas, su validez no es materia de convención ni es relativa a los propósitos individuales de nadie» (1980, p. 16). El pragmatismo rechaza la noción de bienes intrínsecos que *no necesitan* demostración, el conocimiento está basado en lo que funciona y lo que es obvio para algunos teóricos, no es obvio para otros.

Shapiro fundamenta su análisis del Derecho en las características esenciales, en «tópicos autoevidentes» que «no son simplemente verdaderos sino que lo son de forma auto-evidente» (2011, p. 13). «El análisis conceptual, como hemos visto, depende de nuestra habilidad para reunir una nómina de verdades obvias» (2011, p. 16)⁵; «tópicos, afirmaciones tan inobjetables que difícilmente necesitan ser mencionadas» (2011, p. 19). Los tópicos auto-evidentes que Shapiro identifica, sostiene, son aquellos que los juristas podrían encontrar obvios (2011, p. 15). «Todos los sistemas jurídicos tienen jueces». «Todos los sistemas jurídicos tienen instituciones para el cambio del Derecho». «Las leyes pertenecen siempre a sistemas jurídicos». La lista continúa. Shapiro pasa por alto que sus postulados tópicos pueden ser obvios para los juristas cualificados en los altamente desarrollados sistemas jurídicos actuales, pero que no serían obvios para la gente de todas las sociedades, pasadas y actuales. El Derecho consuetudinario, por ejemplo, ha existido sin las formas de un sistema y no son consideradas predictibles (Tamanaha, 2017a, pp. 89-93 y 105-107). «Hoy podríamos dar por asentado que la ley es algo creado y que puede ser modificada», observa la historiadora del Derecho Tamar Herzog, pero

⁵ N.T. En la versión inglesa, Shapiro habla de «truisms» y de «self-evident truisim». Diego M. Papayanis y Lorena Ramírez, en su traducción del libro de Shapiro, titulado en castellano *Legalidad* (Madrid: Marcial Pons, 2014), optan inteligentemente por traducirlo como «verdades obvias» (pp. 41 y 42). Por otro lado, en la importación al español de ese término inglés, la voz «truismo», según el diccionario de la Real Academia, denota una dimensión despectiva («verdad obvia y trivial, perogrullada») que no se corresponde con el sentido del término en inglés. En el intento de expresar ese espacio intermedio entre «verdad» y «truismo», he considerado que el término «tópico» recoge mejor la idea.

«esta visión es una invención relativamente reciente. Durante siglos [en Europa], se decía que el Derecho existía porque, simplemente, existía; porque era espontáneamente creado por la comunidad o porque Dios lo había legado» (2018, p. 4). Shapiro privilegia sus propias instituciones particulares como el fundamento de verdades esenciales sobre el Derecho, no obstante [existen] diferentes organizaciones y concepciones jurídicas en otros tiempos y lugares (Dewey, 1948, pp. 65-69).

Las declaraciones de auto-evidencia, apunta escépticamente Dewey, dan lugar a multitud de diferentes explicaciones. «La diversidad y las contradicciones dan pie a la sospecha de que en ningún caso el “conocimiento” es cuestión de auto-evidencia, tal y como se ha aseverado» (1960, p. 183). Recurrir a la auto-evidencia es un intento de basar la verdad como directamente conocida sin referencia a ninguna otra cosa. Esto es el «ipse dixitism», acusa Dewey. «¿Qué es si no arbitrario dogmatismo?» (1960, p. 183). Lo que se supone que es auto-evidente es meramente una intensificación de la arraigada pretensión del teórico de ser más valorado que otros teóricos que sostienen pretensiones diferentes. Tomás de Aquino, cuya teoría del Derecho natural desarrolla Finnis, declara: «es auto-evidente que un ángel no está circunscrito a un lugar» (Aquinas, 1987, p. 59).

Más allá, observa Dewey, todas las filosofías del Derecho reflejan las circunstancias sociales y los puntos de vista que les rodean pretendiendo equivocadamente que la auto-evidencia de los argumentos les proyecten como superiores (1941, p. 75). «Cuando se reconoce que, bajo el disfraz de relacionarse con una realidad última, la filosofía ha estado ocupada con hermosos valores asociados a las tradiciones sociales; que ha brotado de la colisión entre fines sociales y del conflicto entre instituciones heredadas con tendencias incompatibles, se verá que la tarea de la filosofía del futuro es clarificar las ideas del hombre así como las luchas sociales y morales de su momento» (1948, p. 26)⁶. Apuntó Dewey (1914, pp. 30-31):

[Nosotros] también encontramos que una de las tareas centrales de la idea de naturaleza en la práctica política y judicial ha sido la de consagrar el actual estado de cosas cualquiera que sea la distribución de ventajas y desventajas, de beneficios y cargas; e idealizar, racionalizar, moralizar lo físicamente dado.

La filosofía analítica del Derecho, como hemos visto, gira en torno al análisis conceptual construido sobre intuiciones, con limitada atención a las tareas actuales y a las consecuencias de los sistemas jurídicos, confiando, por el contrario, en experimentos intelectuales y en otros métodos filosóficos alejados de los hechos, configurados para producir los resultados deseados por los teóricos. La teoría del Derecho de Shapiro es un tipo de sistema planificado; en apoyo de su tesis, imagina un club culinario que se dejar caer en un estado de naturaleza en una isla desierta que –como era de esperar– crea un sistema jurídico como un sistema planificado que se ocupa de los problemas embarazosos (2011, caps. 5 y 6). Leslie Green confía en sociedades de ángeles para argumentar que la fuerza coactiva no es una característica necesaria del Derecho: «Todos sabemos que incluso una “sociedad de ángeles” necesitaría reglas, aunque no fuese más que para ayudarles a coordinarse para actividades altruistas» (2016, pp. 165-166). Los ángeles tendrán conflictos racionales, nos cuenta. «Los ángeles pueden razonablemente mantener diferentes

⁶ Un ejemplo de la observación de Dewey está en el propio trabajo de Finnis, cuyos argumentos sobre la conducta homosexual, que violaría el bien básico del matrimonio -que articuló subsecuentemente a la publicación de su libro sobre el Derecho natural-, mientras que el tratamiento de los homosexuales ha devenido crecientemente en un tema conflictivo en círculos religiosos, políticos y jurídicos. Véase Finnis (1993).

puntos de vista sobre lo que es apropiado en determinadas circunstancias y una perspectiva razonable es una en que hay una razón, *por tanto*, para actuar» (2016, p. 166). Green continua: «aunque las reglas que imponen deberes son necesarias incluso en una sociedad de ángeles, las sanciones coactivas no lo son. Los ángeles no necesitan motivación suplementaria para cumplir con sus deberes» (2016, p. 167). Su análisis, por tanto, «muestra que es conceptualmente posible que haya sistemas jurídicos que no hagan uso de ninguna coerción» (2016, p. 167).

El argumento de Green es vacío porque los resultados de su análisis están predeterminados por las suposiciones que ha establecido al comienzo sobre que los ángeles y sus sociedades son equiparables (lo que curiosamente asegura: «todos sabemos»). Si uno no asume que los ángeles necesitarían reglas o, por qué no, que tendrían diferentes perspectivas, entonces el análisis falla porque ellos no tendrían Derecho. O si uno afirma que los ángeles creen en una corrección última de sus decisiones, no obstante sean contrarias a las normas legales (lo cual inevitablemente adolecería de sobreinclusividad), entonces la coacción sería necesaria para asegurar el cumplimiento de las decisiones jurídicas con las que ellos estén en desacuerdo. Para contestar objeciones de este tipo, la discusión debe desplazarse a los debates sobre si las sociedades de ángeles son *realmente* similares, lo que es absurdo. Finalmente, debe ser dicho que si los filósofos del Derecho concluyen que los sistemas jurídicos de imaginarias sociedades angelicales con un particular conjunto de características estipuladas (ser del tipo de las humanas, pero teniendo alas y, de alguna manera, más agradables) no requieren coerción, ¿hemos aprendido algo sobre los sistemas jurídicos? Un argumento teórico serio citaría ejemplos reales de sistemas jurídicos reconocibles en el pasado o en el presente que funcionan sin coerción.

Las cavilaciones filosóficas no verificables ni falseables desprovistas de las circunstancias y consecuencias del mundo real son, precisamente, lo que objetan los pragmatistas. El análisis conceptual basado en intuiciones, afirmaciones de características necesarias y verdades universales para todo tiempo y lugar, relatos de alienígenas y sociedades de ángeles son antitéticos con el pragmatismo. El método pragmatista implica «la actitud de apartar la mirada de las cosas primeras, los principios, las “categorías”, las supuestas necesariedades; y mirar hacia las cosas últimas, los resultados, las consecuencias, los hechos» (James, 1975, p. 32).

A fin de evitar una potencial imagen distorsionada, debe ser enfatizado que los pragmatistas no están en contra de las teorías, las abstracciones o las generalizaciones que son «indispensables» para el conocimiento (Dewey, 1948, pp. 148-160 y 1960, pp. 216-218)⁷. Las teorías nos ayudan a enmarcar y captar situaciones y a lidiar con las complicaciones que obstaculizan los objetivos. Están formuladas en diferentes grados de abstracción y la amplitud adecuada es aquella que facilite el logro de un proyecto dado. Las generalizaciones, incluyendo las proposiciones ampliamente aplicables al Derecho, son iluminadoras y justificadas cuando éstas se encuentran empíricamente sustentadas. El problema con la filosofía analítica contemporánea es que la búsqueda teórica de lo universal, de las características necesarias del Derecho, supone abstracciones tan desconectadas de la realidad del Derecho en la sociedad que proyectan escasa luz sobre nuestras reales preocupaciones sociales y jurídicas. La perspectiva teórica empíricamente elucidada en este ensayo ofrece una lente sobre la realidad social del Derecho que puede ayudar a identificar con fundamentos empíricos (contingentes, falibles) verdades y

⁷ Haack enfatiza que los «filósofos de la tradición del pragmatismo clásico no estaban en una vía anti-teórica» (2018, p. 1050).

aportaciones sobre el Derecho fortaleciendo nuestra comprensión del fenómeno jurídico.

Los filósofos analíticos del Derecho son libres de rechazar el pragmatismo y de continuar con sus modos y métodos preferidos de análisis conceptual. El problema radica en que esas aproximaciones filosóficas dominan la filosofía del Derecho contemporánea con la relevante exclusión de las teorías realistas del Derecho. Para explicar su aproximación y demostrar su valor, trabajaré ahora sobre las características básicas de una teoría realista del Derecho de inspiración pragmatista y proporcionaré un muestreo de las aportaciones que supone en contraste con las aproximaciones analíticas.

4. Naturalismo

El naturalismo tiene múltiples significados (Ritchie, 2008). La teoría realista del Derecho incorpora la idea central de que sólo existen los fenómenos naturales (no sobrenaturales) y que todo ocurre dentro de procesos naturales. Desde un punto de vista biológico, el naturalismo sitúa a los humanos como animales sociales dentro del proceso evolutivo común a todas las especies, distinguiéndolos principalmente por su inteligencia desarrollada, su lenguaje sofisticado y su capacidad de crear herramientas, todo lo cual da origen a las culturas, la tecnología, las instituciones sociales y muchas más cosas⁸. El pensamiento reflexivo, escribe Dewey, «tiene su origen en la conducta biológico adaptativa y la función última de su aspecto cognitivo es un control proyectivo de las condiciones del medio» (1982, p. 37). Necesitamos alimentación, vestimenta y alojamiento y nos reproducimos. Somos físicamente vulnerables, aproximadamente similares en nuestras habilidades y vivimos en entornos potencialmente peligrosos y con recursos limitados. Somos auto-interesados y altruistas respecto de los otros. Competimos con los demás y cooperamos con ellos. Creamos significados compartidos y actuamos para conseguir un enorme número de objetivos a fin de satisfacer nuestras necesidades y deseos.

La capacidad humana para el conocimiento y la capacidad de invención basadas en la experiencia nos lleva a mejoras que modifican el presente y el futuro mediante el cambio de las circunstancias de nuestra existencia colectiva. «Este elemento ideal», agrega Dewey, «es más y más acentuado por la inclusión progresiva de factores sociales en el entorno humano sobre y por encima de los factores naturales; de tal forma que las necesidades son satisfechas, los fines que son alcanzados no son los de carácter biológico o particular sino que incluyen también los fines y las actividades de otros miembros de la sociedad» (1982, p. 38). Los procesos naturales acompañan tanto las necesidades y rasgos biológicos como los requerimientos sociales de coordinación, coexistencia y acuerdos funcionales en los grupos.

El naturalismo tiene múltiples implicaciones para una teoría del Derecho. Aquí solo puede ser expuesto un breve muestreo de su relevancia potencial⁹. La implicación metodológica clave es que los estudios científicos naturales y sociales deben ser utilizados para discernir el alcance e influencia de los rasgos e imperativos sociales relacionados con el Derecho.

Hay un amplio consenso, por ejemplo, respecto de que el Derecho gestiona las condiciones básicas de las relaciones sociales de los hombres. La investigación

⁸ Mead sitúa a las sociedades humanas entre las sociedades animales (1962, pp. 227-244).

⁹ Una explicación naturalista de la emergencia del fenómeno jurídico se proporciona en Tamanaha (2018).

antropológica y psicológica ha confirmado numerosos rasgos humanos de carácter universal si bien con una gran variedad en sus expresiones culturales (Brown, 1991). Entre estos rasgos comunes (vida grupal, alojamiento, herramientas, música, estándares estéticos, intercambio de presentes, cosmología, etc.) aquellos específicamente relativos al Derecho incluyen los derechos de propiedad, las prohibiciones contra el homicidio, las compensaciones por daños violentos, el matrimonio, las herencias, las restricciones sexuales, las obligaciones por deudas, los derechos y obligaciones relativos a los estatus, las decisiones vinculantes y los castigos por las infracciones¹⁰. La universalidad de estas normas básicas de interrelación social es prueba de las raíces naturalistas de los rasgos y exigencias de la cohesión social¹¹.

Los estudios sugieren, por demás, que las normas sobre estas cuestiones están afianzadas en factores naturales. Una teoría influyente propone que los humanos, sujetos a la selección natural, han evolucionado para tener intuiciones morales –inmediatas, automáticas y, a menudo, reacciones emocionales ante situaciones. Estos juicios morales intuitivos afianzan la cohesión y supervivencia del grupo (Haidt, 2007). Otra teoría propone que los sistemas cognitivos están estructurados de tal manera que generan representaciones mentales y reacciones morales que implican normas, conceptos y principios (Mikhail, 2007). La existencia de esta facultad moral se encuentra evidenciada en los estudios que muestran que los niños pequeños exhiben una «intuitiva filosofía del Derecho» cuando distinguen los actos intencionales de los no intencionales, usan la proporcionalidad para determinar el castigo y hacen otros tipos de distinciones jurídicas; todo lenguaje contiene conceptos deónticos como «obligatorio, permitido y prohibido»; y hay prohibiciones universales de homicidio, violación y otras acciones dañinas, así como de los conceptos de causa e intención (Mikhail, 2007).

El pragmatista George Herbert Mead identificó el castigo criminal con un instinto «hostil» manifestado en impulsos primitivos que refuerzan los lazos del grupo y el cumplimiento de las normas. «La repugnancia contra la criminalidad se revela en el sentido de solidaridad con el grupo, un sentido de ser parte de aquellos [citizen] que, por un lado, excluyen a los que transgreden las normas del grupo y de los que, por otro, inhiben sus propias tendencias a cometer actos criminales (1918, pp. 586-597). Oliver Wendell Holmes identificó los orígenes del Derecho en los sentimientos naturales de «la venganza», «el sentido de culpa», «la opinión... de que algo malo había sido hecho» (2005, p. 3). Igualmente, Adam Smith identificó el Derecho con las reacciones naturales a la injusticia (Herzog, 2014, pp. 703 y 705-707). «Fraude, falsedad, brutalidad y violencia» producen reacciones de «desprecio y aborrecimiento», observó Smith, y el homicidio, el robo y el hurto «apelan intensamente a la venganza y el castigo» (1986, pp. 94 y 116). Este innato sentido de la justicia es «el pilar fundamental que sostiene» a la sociedad y sin el cual ésta «se desmoronaría en átomos» (1986, p. 97). «La naturaleza ha implantado en el corazón de los hombres la conciencia del mal estéril y el espanto al merecido castigo que se ocupa de su violación como las grandes salvaguardias del acuerdo de la humanidad de proteger al débil, contener la violencia y escarmentar al culpable» (1986, p. 97).

Recientes estudios en neurología ofrecen soporte a estas tempranas especulaciones. Los humanos manifiestan estados mentales que incitan al castigo de lo que se percibe como una injusticia. «La decisión de castigar, la intensa motivación para hacerlo, es un estado límbico trivial» (Sapolsky, 2017, p. 610). Un estudio

¹⁰ Brown (1991, pp. 136-40); Flannery K. y Marcus J. (2012, cap. 4); Wilson (2012, pp. 192-193); Tamanaha (2017a, pp. 82-84). Véase también Sapolsky (2017).

¹¹ Esta es una versión diferente de lo que Hart llamó «el contenido mínimo del Derecho natural» (1961, p. 188).

descubrió que cuando los ciudadanos aplican castigos a los transgresores de las normas se activan partes de su cerebro conectados con el dolor, la irritación y la repulsión (Wilson, 2012, pp. 250-251). «Resulta que la gente no sólo desea apasionadamente ver que se castiga a los delincuentes y parásitos; ellos también desean tomar parte en administrar justicia incluso a su propia costa» (Wilson, 2012, p. 250).

El surgimiento de los sistemas jurídicos como complejos organizados para aplicar normas jurídicas puede también ser comprendido en términos evolutivos, naturalísticos. H.L.A. Hart sugirió que las sociedades crean deliberadamente los sistemas jurídicos porque, en ausencia de sistemas organizados, el Derecho primitivo es demasiado estático, incierto y difícil de innovar y aplicar (1961, pp. 77-96). Sin embargo, el naturalismo sugiere que los sistemas jurídicos emergen gradualmente en una forma menos racionalista. A medida que la población crece en tamaño, las actividades que afectan a la coordinación social en grupos amplios dan origen a instituciones sociales creadas en el curso de proyectos colectivos. Los rasgos de la naturaleza humana –como el diseño de la pertenencia al grupo, el afán de posesión, la jerarquía y otros– dan textura a esas instituciones sociales –incluyendo el Derecho– influyendo en cómo operan y sus consecuencias.

Los estudios sugieren que políticas como los cacicazgos complejos y los proto-estados surgen mediante el recurso a la coerción, coordinando tareas centrales como el cultivo de los alimentos y la defensa frente a los ajenos al grupo, manteniendo la dominación política y el orden interno y haciendo cumplir la jerarquía social y económica (Tamanaha, 2017a, pp. 84-89). Los sistemas jurídicos proporcionan el músculo para hacer cumplir la ley que sustenta a los sistemas de gobierno en la medida en que estos aseguran su control sobre el grupo social mientras que también hacen cumplir las reglas de las interacciones sociales. Gobernantes, sacerdotes, administradores y jueces fueron delineados desde aristocracias hereditarias que controlaban la riqueza de las tierras utilizando plebeyos, siervos y esclavos para explotarlas bajo un régimen de propiedad y de formas de trabajo aplicadas por el Derecho (Flannery y Marcus, 2012, pp. 478 y 500-502). Esta explicación del surgimiento del Derecho a través de la aplicación coercitiva de la fuerza para coordinar acciones y mantener al gobierno, y que tiene un sólido fundamento por parte de antropólogos e historiadores¹², es una explicación muy diferente a la sugerida por Hart de que los sistemas jurídicos son creados intencionalmente para remediar las ineficiencias en la creación y aplicación del Derecho primitivo (1961, pp. 91-92).

La configuración jurídica y el mantenimiento de la jerarquía en las sociedades humanas también tiene fuentes naturalistas. Los humanos son «iguales a otras muchas especies sociales, en tanto que tienen establecidos diferentes estatus entre los individuos y jerarquías que emergen de esas diferencias» (Sapolsky, 2017, pp. 475 y 425-444), aunque los humanos pertenecen a múltiples jerarquías vinculadas a diferentes criterios: riqueza, género, religión, casta, raza o etnicidad, etc. (2017, pp. 430-441).

El naturalismo también ofrece aportaciones potenciales sobre contenidos concretos del Derecho. Los estudios en investigación genética y neurológica, por ejemplo, han descubierto evidencias de que algunos individuos pueden, por razones biológicas, ser propensos a la violencia, la pedofilia u otros actos antisociales, hallazgos que tienen consecuencias sobre los castigos penales (Sapolsky, 2017, pp. 580-613 y Schuppe, 2019). Los estudios sobre el desarrollo cerebral sugieren que los

¹² Una excelente panorámica general se encuentra en Carneiro (1981, pp. 37-77); véase también Stein (1998).

adolescentes debieran ser tratados de forma diferente a los adultos a los efectos de la responsabilidad civil y penal (Sapulsky, 2017, pp. 155-173 y 387-424). Los estudios neurológicos han empezado a desvelar las bases de sesgos subconscientes relacionados con los juicios internos al grupo frente a los externos al mismo y que son relevantes para las respuestas jurídicas relacionadas con la discriminación (2017, pp. 387-424). Otros estudios han revelado evidencias de sesgos en la percepción de los hechos, motivación del razonamiento, influencia ideológica, pensamiento grupal y otros factores que afectan a la toma de decisiones por parte de la policía, fiscales, jurados y jueces (2017, pp. 387-424).

La sugerencia de que los rasgos y necesidades naturales se desarrollan en varios aspectos en el Derecho y a través del Derecho no significa que éste se encuentre totalmente determinado por factores naturales. Las influencias naturalistas no son fijas en su amplitud y expresión y no son omnicomprendivas. Las instituciones sociales, culturales, económicas, políticas y jurídicas varían sustancialmente entre sociedades y han cambiado intensamente a lo largo del tiempo. Es más, la contingencia, es un rasgo fundamental de la naturaleza (Dewey, 1960, p. 249). Dewey menospreciaba la (*laissez faire*) noción de Herbert Spencer de que las leyes de la naturaleza gobiernan los asuntos sociales y económicos de los hombres. Por el contrario, sostenía que los humanos son naturalmente participantes, se involucran en actividades que afectan profundamente a las condiciones de su existencia (1960, pp. 211-212). Los humanos generan significados y acciones instrumentales dirigidas a conseguir propósitos que configuran y dan forma y textura a las influencias naturales y van más allá de ellas. Los pragmatistas ven simultáneamente al naturalismo y la plasticidad en juego y ambos aspectos son considerados en la comprensión y aplicación teórica y práctica del Derecho.

5. Historicismo y holismo

El Derecho tiene una existencia temporal que abarca desde el pasado al continuamente reconstruido presente y se proyecta sobre el futuro. Esto es cierto en el estrecho sentido de que las leyes entran en vigor en un determinado momento para dirigir la conducta en todos los momentos en que permanecen vigentes. También es cierto que, en un sentido más amplio, el Derecho es un producto histórico –una tradición heredada (Krygier, 1986)– que cambia a lo largo del tiempo en relación con los factores que le rodean, moldeando y condicionando (mediante la constitución de estructuras de acción estables y vías de dependencia) futuros desarrollos en la sociedad y en sí mismo. Que la sociedad y el Derecho existen en y a lo largo del tiempo es un aspecto fundamental de la ontología social del Derecho.

Trabajando sobre la influencia del evolucionismo en los pragmatistas, Philip Wiener subraya que «lo histórico o genético, el aspecto temporal de las ideas y de todo fenómeno observable, dominó por completo la temprana y evolutiva aproximación del pragmatismo a la naturaleza y al hombre» (1965, p. 28). Nicholas St. John Green, un jurista miembro del *Metaphysical Club* en el que se gestó el pragmatismo (Peirce, 1982, pp. 54-55), retrató al Derecho como un lento resultado de siglos que soporta las marcas de los desarrollos del pasado. El Derecho, por tanto, debe ser entendido históricamente: «de la misma manera que damos cuenta de la distorsionada forma de un árbol mediante la búsqueda de las especiales circunstancias bajo las que ha crecido y las fuerzas a las que ha sido expuesto»¹³. «Green concebía que la función de la filosofía del Derecho es ofrecer un cuidadoso análisis lógico a los conceptos y normas procedentes del lento cambio de las condiciones sociales e históricas» (Wiener, 1965, p. 156). Apoyando un punto de vista

¹³ Green, *Essays and Notes*, p. 53, citado por Wiener (1965, p. 163).

similar, Oliver Wendell Holmes, un ocasional participante en el *Metaphysical Club* y ampliamente considerado como un pragmatista (aunque él nunca hizo explícita la adhesión: Haack, 2005, p. 71), escribía, «el Derecho personifica la historia del desarrollo de una nación a lo largo de muchos siglos y no puede ser tratado como si sólo contuviese los axiomas y los corolarios de un libro de matemáticas. Para conocer qué es, debemos saber qué ha sido y en qué tiende a convertirse» (Holmes, 2005, p. 5).

Junto con el desarrollo temporal, el Derecho se extiende espacialmente a lo largo de la sociedad. El Derecho está interconectado con la cultura, la economía, la política, las estructuras sociales, la tecnología, el ecosistema; realmente todos los aspectos de la sociedad están inextricablemente entrelazados. Esta proposición ontológica está basada en la noción heurística de que las sociedades son como (porosas) totalidades alojadas dentro de una más amplia red de interacción. Una comprensión holístico-historicista requiere la atención sobre cómo el Derecho se relaciona e interactúa con otros aspectos de la sociedad –así como con otras sociedades– en un proceso de desarrollo temporalmente continuo. Un aspecto crucial del Derecho destacado por el historicismo y el holismo, del que los filósofos analíticos del Derecho dicen poca cosa, es la permanente tensión entre el mantenimiento de la estabilidad y la certeza jurídica con el acomodo del constante cambio social.

George Herbert Mead observa: «la mera recitación de estas instituciones sociales esenciales [escuelas, iglesias, instituciones de control social, procesos económicos, medios de comunicación] exhibe sus vitales relaciones recíprocas... Ninguna institución puede mantenerse por sí sola y el desarrollo de cada una de ellas ha sido el resultado del proceso de todas ellas» (1938, p. 496). Asimismo, Dewey (1982) exhibe un punto de vista holístico, escribiendo: «nosotros hemos importado nuestra lengua, nuestro Derecho, nuestras instituciones, nuestra moral y nuestra religión de Europa y las hemos adaptado a nuestras nuevas condiciones de vida». Dewey identifica las fuentes del Derecho con las «costumbres», las «fuerzas sociales» y los «intereses sociales» (1941, p. 82) y enfatiza que «los hechos sociales son preocupaciones en movimiento y todas las cuestiones jurídicas tienen su lugar en esas preocupaciones constantes» (1941, p. 85). Como remarca Holmes (2005, p. 5):

La percepción de las necesidades del momento, las teorías morales y políticas prevalentes, las instituciones políticas [*public policy*], declaradas o inconscientes, incluso los prejuicios que comparten los jueces con sus compañeros tienen mucha más relevancia que el silogismo al determinar las reglas mediante las que los hombres debieran ser gobernados.

Las interconexiones del Derecho con la sociedad son mutuamente constitutivas: las influencias sociales afectan al Derecho en multitud de formas mientras que el Derecho da lugar o está detrás de una multitud de asuntos sociales. El Derecho está integrado en el conjunto de la sociedad, tanto constituyéndola como siendo conformado por los factores de ésta que le rodean.

El historicismo y el holismo promueven la misma perspectiva central del Derecho integrado en la sociedad, enfatizando el primero la dimensión temporal y la espacial el segundo. Mead combinaba las dos en un ensayo de 1915 sobre el significado de los derechos naturales cuyas trazas iban del siglo XVII al presente. Su análisis histórico muestra que cada formulación de derecho –Hobbes, Locke, la Declaración de Independencia, la Declaración francesa de los Derechos del Hombre, etc.– está elaborada con específicos «peligros y obstáculos» y con objetivos particulares en mente (Mead, 1915, pp. 141-142). A partir de ahí, los derechos devienen abstractos, privados de su significado original, tras lo cual surgen más

amplios contextos de aplicación que producen nuevos significados. «Empezamos con la vida, la libertad, la seguridad, la igualdad y la búsqueda de la felicidad como los derechos naturales» observa Mead, pero «eran incapaces de definir su contenido» (1915, p. 150). Como el punto de vista social, político y económico cambia y surgen nuevos conflictos de intereses, el significado de los derechos es completado de manera diferente. «Es evidente que las categorías que sirven a todos esos propósitos deben ser abstractas y vacías de contenido y que deberían conformar su contenido a través de la lucha que surge en la tierra de nadie entre sus distantes murallas» (1915, p. 151). La lucha apasionada que se dio en su tiempo era la protagonizada por los trabajadores y los empresarios; se representó en los parlamentos y en los tribunales y se manifestó como un choque entre la legislación del Estado de bienestar contra los derechos de libertad y propiedad aplicados por los tribunales (1915, p. 152). Su análisis involucra constantemente el historicismo y el holismo para demostrar que los derechos no son inmutables sino que varían en conexión con los factores sociales en desarrollo.

En su momento, los pragmatistas escribieron que la filosofía del Derecho de corte histórico se centró en la dimensión historicista mientras que la filosofía del Derecho sociológica desarrollada por Roscoe Pound, bajo la influencia del pragmatismo, enfatizó tanto la dimensión holística como la historicista (Tamanaha, 2017a, cap. I). Aunque ambas proveían de aportaciones esenciales al Derecho, son virtualmente ignoradas por la filosofía del Derecho actual. El exhaustivo texto *Jurisprudence* de Brian Bix, por ejemplo, menciona la filosofía del Derecho sociológica solo una vez *in passim* y sostiene que «la filosofía del Derecho histórica ha desaparecido en gran medida» (2015, pp. 196 y 278). Una teoría realista del Derecho es definitivamente historicista y holista.

Los teóricos comprometidos con una filosofía del Derecho histórica rastrearon los cambios de gran escala en el Derecho –como la explicación de Henry Maine de la evolución del Derecho del estatus al del contrato– así como aquellos al nivel de los conceptos y doctrinas jurídicas –como el argumento de Holmes de que el *Common Law* ha progresado de estándares subjetivos a objetivos–. La metodología historicista es genealógica y comparativa, observa tanto las continuidades como los cambios que ha experimentado el Derecho a lo largo del tiempo en diferentes escenarios.

Una lente histórica puede ser aplicada al Derecho con diferentes objetivos. En contraste con las propuestas de los filósofos analíticos del Derecho sobre la atemporalidad [y] las características necesarias del Derecho, yo utilizo una lente genealógica para mostrar que el Derecho ha experimentado cambios fundamentales en la forma y en la función a lo largo de la historia (Tamanaha, 2017a, nota 3 del cap. IV). Ella puede ser utilizada para rastrear los factores sociales que influyen en el desarrollo del Derecho así como una vía para ayudar a explicar y comprender el Derecho actual. Una lente histórica puede ser usada con propósitos legitimatorios, por ejemplo, arguyendo que la longevidad de un determinado régimen jurídico refleja sus efectos benéficos para la sociedad; o para socavar la legitimidad del Derecho, demostrando que sus orígenes fueron arbitrarios o indignos a pesar de que el Derecho se ha mantenido en su sitio por inercia, ciego tradicionalismo o inventadas racionalizaciones *post hoc*. Puede ser usado para mostrar que, a pesar de que un Derecho dado pudo ser beneficioso en un período anterior, las circunstancias del contexto han cambiado sustancialmente y mientras se mantenga fijo o rezagado no va a satisfacer las necesidades actuales.

Dewey aplicó análisis historicistas para criticar las actuales doctrinas liberales de la libertad contractual y los derechos de propiedad. Cuando esos principios fueron introducidos inicialmente en el Derecho en el siglo XVIII, explica, servían para

«emancipar» la industria, el comercio y a la gente de una «multitud de restricciones» que provenían desde los tiempos del feudalismo (Dewey, 1924). En el inicio del siglo XX, sin embargo, los problemas más acuciantes eran generados por las nuevas circunstancias emergentes de las sociedades urbanas de masas cuyos gobiernos intentaban atender mediante el Estado de bienestar y la legislación laboral. No obstante, los jueces impidieron esos esfuerzos invocando las doctrinas jurídicas de la libertad contractual y los derechos de propiedad garantizados por la ley. «Así, esos principios devinieron, a su vez, tan rígidos que resultaron casi tan reaccionarios como las “inmutables” leyes feudales que hubo en su día» (Dewey, 1924).

La filosofía sociológica del Derecho fue promovida predominantemente por Roscoe Pound –quien explícitamente invocó el pragmatismo– para combatir las abstracciones excesivas y el conceptualismo de la filosofía analítica del Derecho y de la teoría del Derecho natural del momento (Tamanaha, 2020). La perspectiva sociológica enfatiza que las influencias sociales –que giran en torno a las perspectivas morales, culturales y religiosas, los intereses económicos, las fuerzas políticas, las colisiones entre los grupos en competición, los avances tecnológicos y todo lo demás– penetran y conforman el Derecho a través de cada poro, incluyendo la acción legislativa, la ejecutiva, las decisiones judiciales, las de los abogados defendiendo los intereses de sus clientes, y cómo la gente piensa y actúa en relación con el Derecho. Al mismo tiempo, el Derecho construye y afianza a las empresas, las transacciones económicas, la estructura del gobierno, los derechos de propiedad, las indemnizaciones por daños, los derechos de los trabajadores, las obligaciones familiares y una multitud de otros aspectos de la sociedad. Las interconexiones entre el Derecho y la sociedad son variadas y dinámicas con otras muchas variaciones: algunas veces las autoridades o funcionarios ignoran o socavan el Derecho aplicable por razones culturales, políticas o económicas; otras veces la gente es ignorante de o desconoce la tarea del Derecho para conseguir sus deseos; algunas veces el Derecho tiene consecuencias inintencionadas (en favor o en contra), entre otras posibilidades. El Derecho es un aspecto «dinámico» de las actividades sociales, enfatizaba Dewey, y «debe ser visto, a la vez, tanto como interviniente en la complejidad de otras actividades como en un proceso social por sí mismo» (1941, p. 77).

Debido a estas interconexiones, ver el Derecho en aislamiento de las fuerzas sociales que le rodean es deficitario. «El moderno profesor de Derecho debiera ser, asimismo, un estudiante de sociología, economía y políticas», argüía Pound. «Debiera saber no solo lo que deciden los tribunales y los principios que van a aplicar sino tanto más las circunstancias y condiciones sociales y económicas en las que esos principios van a ser aplicados; debiera conocer el estado de la opinión pública y el de los sentimientos de la gente que crean la atmosfera en la que los principios deben operar en la práctica» (1907, pp. 919-920). La implicación metodológica de esta postura es que la comprensión de la realidad el Derecho requiere el estudio científico de Derecho en acción y sus consecuencias sociales.

Los filósofos analíticos del Derecho, por el contrario, abstraen al Derecho del contexto social. «Si una teoría del Derecho debe ser verdadera para todo sistema jurídico, los rasgos identificativos que lo caracterizan deben ser por necesidad muy generales y abstractos», afirmaba Raz. «Ella debe ignorar aquellas funciones que algunos sistemas jurídicos cumplen en algunas sociedades en razón de las especiales condiciones sociales, económicas o culturales de dichas sociedades» (2009, p. 104). Reduccionismos de este tipo inevitablemente resultan en explicaciones excesivamente estrechas del Derecho. Shapiro, por ejemplo, concluye que «el Derecho es una organización planificadora auto-validante y obligatoria cuyo ánimo es resolver los problemas morales que no pueden ser resueltos, o resueltos

bien, a través de otras formas alternativas de ordenamiento social» (2011, p. 225). Pero el Derecho es y hace muchísimo más que una planificación ordenada que resuelve problemas morales. El reducir el multilateral, variado y complejo fenómeno jurídico a términos unidimensionales altamente idealizados oscurece más que ilumina.

Desde que el Derecho está entrelazado con y funciona en relación con las continuamente cambiantes condiciones contextuales, sacar al Derecho de la historia y de la sociedad produce una distorsionada comprensión de lo que Derecho es y de lo que hace. «El “Derecho” no puede ser establecido como si fuera una entidad separada», escribió Dewey, «sino que sólo puede ser debatido en términos de las condiciones sociales en las que surge y de lo que concretamente hace ahí» (1941, p. 77). «La naturaleza fundamental del Derecho se revela no cuando todas las posibles conexiones han sido eliminadas», observó Sean Coyle en su crítica a los filósofos analíticos de Derecho, «sino cuando uno es capaz de contemplar el Derecho en su más amplio y más sistemático contexto: el Derecho en su sentido más concreto» (2013, p. 409).

El alcance del historicismo y del holismo puede ser ilustrado en conexión con el estado de Derecho [*rule of Law*]. Los filósofos analíticos del Derecho (así como otros teóricos) han abstraído los elementos del estado de Derecho, pero no pueden explicar cómo el estado de Derecho se desarrolló a lo largo del tiempo en algunas sociedades pero no en otras, ni nos cuentan cómo desarrollar el estado de Derecho en aquellos lugares donde es deficiente. Ni pueden dar cuenta de la realidad de que sociedades con estado de Derecho (US, Francia, Japón, Singapur, etc.) tienen muy diferentes complejos de instituciones jurídicas. No hay una única disposición institucional del estado de Derecho. Además, cuando las instituciones jurídicas de una sociedad con estado de Derecho son trasplantadas a otra sociedad, frecuentemente no generan un estado de Derecho en la sociedad receptora, porque ello se produce holísticamente y depende de las condiciones contextuales que la sustentan. En ausencia de historicismo y de holismo, la filosofía del Derecho permanece callada ante las incisivas cuestiones teóricas con significación en el mundo real.

6. El Derecho como una construcción social

Los pragmatistas clásicos sostenían que las teorías, conceptos y creencias compartidas, daban forma a los hechos observados en el mundo natural mediante el encuadramiento de la realidad material a través de lentes particulares para intereses y propósitos dados. El mundo social es el producto de nuestras acciones significativas y de sus consecuencias intencionadas e inintencionadas. Mientras que es creado colectivamente por nosotros, él preexiste a los individuos y sobrevive a su muerte. La gente nace en, asume un lugar en, es parte de y modifica el lenguaje existente, el conocimiento, las convenciones, las prácticas sociales y las instituciones generadas sobre la base de dinámicas propias de una comunidad de actores que colectivamente dan origen a un mundo social común que construye los hospitales, las escuelas, las gasolineras, los edificios de oficinas, las fábricas, las oficinas gubernamentales, los tribunales, las tiendas de alimentación, los cines y todas las demás cosas en la sociedad. Estos son los ubicuos fenómenos sociales en los que estamos diariamente inmersos y los damos por sentado. Ver el Derecho como una construcción social implica centrarse en la ontología de las instituciones jurídicas como instituciones sociales¹⁴, observando cómo están construidas y cómo operan (Searle, 1995 y 2010).

¹⁴ Hay un desacuerdo sustancial sobre el significado de institución. Yo apoyo la concepción de instituciones sociales como estructuras permanentes modeladas por la acción social sobre una base

Para saber lo que es el Derecho, uno debe atender a las acciones significativas de la gente que ejerce los poderes jurídicos, a cómo la gente en sociedad entiende el Derecho e interactúa con el Derecho y a las consecuencias que de esto se derivan. Mead aplica esta perspectiva para mostrar, a través del reconocimiento colectivo, cómo los derechos de propiedad existen (1962, p. 261):

La institución representa una respuesta común por parte de todos los miembros de la comunidad a una situación particular. Esta respuesta común es una que, por supuesto, varía con la de carácter individual. En el caso de robo, la respuesta del policía es diferente de la del fiscal, de la del juez y de los jurados y demás; y todas ellas son respuestas que aún mantienen la propiedad; que están implicadas en el reconocimiento de los derechos de propiedad de los otros. Hay una respuesta común de formas variadas. Uno apela a la policía para ser asistido, uno espera que actúe el fiscal, espera que el tribunal y sus funcionarios desarrollen el proceso del juicio penal... Tal conjunto de respuestas organizadas están relacionadas unas con las otras; si uno convoca una de tales respuestas, está implícitamente convocando a las otras también. Así, las instituciones de la sociedad son formas organizadas del grupo o formas de actividad social tan organizadas que los miembros individuales pueden actuar adecuadamente y conjuntamente mediante la consideración de las actitudes ajenas sobre esas actividades.

La cuestión central de Mead era que la sociedad se completa con una multitud de organizaciones que desarrollan funciones o persiguen objetivos –escuelas, tiendas, bancos, iglesias, bandas criminales, etc.– que operan a través de las expectativas compartidas que les unen¹⁵. La gente trabaja en organizaciones construidas sobre roles reconocidos convencionalmente, responsabilidades, rutinas, prácticas y normas, involucrándoles en actividades que les conectan con lo que hacen otros aunque, frecuentemente, desconocen lo que estos otros están haciendo en la organización o cómo se articula todo; la gente que interactúa con una organización desde fuera puede tener una idea básica de qué es lo que hace mientras que permanece ignorante sobre sus operaciones internas.

Mead no sostuvo que las acciones de la gente estén determinadas por sus roles institucionales y responsabilidades. Al igual que todos los pragmatistas, reconocía que existe un pluralismo de perspectivas entre los individuos y que estos patrones generales permiten «plenamente el objetivo de la originalidad, la flexibilidad y una variedad de conductas» (1962, p. 262). Para todas las instituciones sociales, incluida la jurídica, la gente opera en relación con normas y prácticas que pueden ser creativamente modificadas, ampliadas o violadas e ignoradas, así como seguidas y ello tiene grados de indeterminación y contingencia. Además, las normas informales del contexto pueden ser tan influyentes como las normas formales al disciplinar las acciones. Mead no cree que las organizaciones sociales operan fluidamente juntas. Los conflictos en la sociedad son ubicuos. «Cada institución social se reivindica y se reafirma con el bien que le subyace pero esa propia reafirmación se encuentra en conflicto con otras instituciones y sus bienes» (1938, p. 498).

Centrarse en el reconocimiento colectivo proporciona una perspectiva demoleadora que genera conocimientos que han sido pasados por alto por los filósofos analíticos del Derecho quienes basan su análisis en intuiciones y conjeturas idealizadas. El factor crucial en la construcción social del Derecho –como con todas las instituciones sociales– es el reconocimiento convencional en un grupo dado. El reconocimiento convencional determina *quién* cuenta como autoridad jurídica, *cuáles*

dinámica a través de la que colectivamente se reconocen roles, normas, prácticas y acciones significativas. Véase, en general, Miller (2019).

¹⁵ Las organizaciones son entidades diferentes que desarrollan actividades en beneficio de proyectos dados; todas las organizaciones son instituciones aunque no todas las instituciones son organizaciones.

son los poderes jurídicos que ejerce –como legisladores, jueces, fiscales, policías, etc. – y *qué* deben hacer para que sus acciones cuenten como jurídicas. Por ejemplo, cuando un quórum de electos legítimos y acreditados satisfacen las exigencias del voto de una propuesta de ley que a partir de ahí es suscrita por el jefe de Estado y se le asigna un registro oficial; eso es Derecho. Los jueces crean Derecho válido en sus decisiones judiciales siguiendo un conjunto variado de procedimientos. Derecho es literalmente cualquier cosa que diga cualquier autoridad jurídica a través de las convenciones y normas jurídicas colectivamente reconocidas. Desde una perspectiva de construcción social, los hechos institucionalmente reconocidos que crean las autoridades jurídicas *son* el Derecho (MacCormick, 2007, pp. 289-293 y Searle, 1995, pp. 27-51).

Los filósofos analíticos del Derecho tienden a proponer afirmaciones generales sobre el Derecho basadas en sus conjeturas sin examinar cómo, día a día, se construye socialmente el Derecho a través de acciones sociales significativas. Esta es la fuente del gran ángulo muerto de la influyente constatación de Hart de que el Derecho es la unión de reglas primarias de obligación que regulan la conducta social y de reglas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación de las reglas primarias (1961, pp. 78-79); de acuerdo con la cual «la principal función del Derecho como medio de control social» es «controlar, guiar y planificar la vida fuera de los tribunales» (1961, p. 39). Las reglas secundarias, señalaba Hart, «*puede decirse que están todas en un nivel diferente de las reglas primarias, ya que son todas a cerca de tales reglas; en el sentido de que mientras las reglas primarias se ocupan de las acciones que los individuos deben y no deben hacer, esas reglas secundarias se ocupan de las propias reglas primarias*» (1961, p. 92).

El problema con estas afirmaciones es que significativos aspectos del Derecho estatal contemporáneo no son reglas primarias o secundarias –en realidad no son reglas en absoluto– y no son reglas sobre el control social. El Derecho hoy, establecido mediante la voluntad convencionalmente reconocida por las autoridades jurídicas a través de reglas de validez mantenidas internamente, es un instrumento multifuncional que puede tomar cualquier forma y puede ser usado para cualquier propósito, cualquiera que este sea. Los actos de promulgación, por ejemplo, no son reglas sino más bien constructos performativos que consiguen cosas mediante una declaración, generalmente señaladas por palabras como «por la presente, dispongo», «por la presente, creo», «por la presente, quedan derogadas» y similares (Searle, 1995, p. 34). Las normas de incorporación son actos de habilitación que constituyen instituciones [corporations], creando entidades que actúan y producen consecuencias en el mundo. Los actos de habilitación crean agencias gubernamentales; los actos de reorganización modifican las estructuras gubernamentales y los actos derogatorios suprimen la existencia de las entidades¹⁶; todos son conseguidos mediante una declaración; ninguno de ellas son normas sobre normas o sobre ordenación social, sino relativos a impulsar de forma inmediata cambios en el mundo. Una gran parte del Derecho no implica normas u orden social: declarar un día festivo; consignar un presupuesto; intitular un edificio público, etc. El reduccionista concepto de Derecho de Hart como un sistema de ordenación social compuesto por reglas a cerca de reglas, desdibuja la ilimitada variedad de normas y de hechos jurídicos producidos por actores jurídicos a través de un reconocimiento colectivo (Tamanaha, 2017a, pp. 120-124 y 131).

Poner la atención en la construcción social del Derecho genera aportaciones adicionales que discurren contra asunciones teóricas comúnmente aceptadas. La

¹⁶ Un ejemplo que completó estos tres medios de declaración se halla en la *Home Security Act* de 2002, *Public Law*, 107-296, 116 Stat. 2135.

construcción social del Derecho estatal implica, la mayoría de las veces de forma inmediata, reconocimiento y acciones dentro de la propia comunidad de autoridades jurídicas¹⁷. El reconocimiento colectivo del Derecho por las autoridades jurídicas se produce en el conjunto de significados compartidos sostenidos como una cultura jurídica profesional –*Common Law*, sistema de Derecho civil, etc.– que está compuesto de un especializado lenguaje jurídico, conocimiento, instituciones y prácticas que han asegurado posiciones monopolísticas en la gestión de los sistemas jurídicos estatales. Este altamente tecnificado sistema a través del cual los actores jurídicos construyen el Derecho es muy opaco para la gente sin preparación jurídica.

Una implicación crucial de la construcción del Derecho por especialistas jurídicos es poner en duda la afirmación de Hart de que «las funciones principales» del Derecho son «controlar, guiar y planificar la vida fuera de los tribunales». Muchos teóricos del Derecho sostienen que la función del Derecho es guiar la conducta y coordinar el comportamiento en la comunidad. Sin embargo, el Derecho puede servir a esas funciones solo si la gente conoce lo que es el Derecho. Numerosos estudios han encontrado que amplios porcentajes de la gente (incluidos los profesionales) tienen erróneas comprensiones jurídicas en cuestiones importantes para sus vidas, incluyendo sus trabajos, delitos, cuestiones familiares, etc. (Van Rooji, 2021); y la gente a menudo no contrata abogados para asesorarles sobre el Derecho antes de involucrarse en acciones con implicaciones jurídicas (solo los individuos pudientes y los hombres de negocios tienen los recursos para hacerlo rutinariamente). La gente en la comunidad resulta que tiene sus propios puntos de vista sobre el Derecho que pueden o no coincidir con el Derecho oficial del Estado, una potencial discordancia que tiene una diversidad de consecuencias para el funcionamiento y eficacia del Derecho.

En la explicación de Mead de la propiedad, lo que él llama «respuesta común» retrata el reconocimiento convencional como integrado en un todo: los legisladores aprueban leyes contra el robo; la gente en la comunidad solicita protección jurídica de su propiedad y la policía, los fiscales y los tribunales responden para aplicar y hacer cumplir la ley que prohíbe el robo. La propiedad en este escenario está socialmente construida para agregar las acciones del público y de las autoridades jurídicas. Sin embargo, en realidad el Derecho está mucho menos unificado que lo que recoge esta imagen. Lo que las autoridades jurídicas colectivamente reconocen y hacen cumplir como Derecho no es necesariamente consistente con lo que la gente en la comunidad socialmente construye como Derecho. Un reciente informe del Banco Mundial encuentra que, «en muchos países en desarrollo, los sistemas tradicionales que funcionan fuera del régimen estatal son a menudo la forma dominante de regulación y de resolución de disputas, abarcando hasta el 90% de la población de partes de África... En muchos de esos países, los sistemas de justicia parecen actuar casi de forma completamente independiente del sistema estatal oficial» (Chirayath, Sage y Woolcock, 2005, p. 3). La coexistencia pluralista de los sistemas jurídicos, frecuentes en muchas partes de África, Medio Oeste, Asia y el Pacífico, es un legado de la imposición colonial de sistemas jurídicos estatales que regulan los asuntos políticos y económicos de los poderes coloniales y metropolitanos [expatriates], mientras que las formas consuetudinarias y religiosas indígenas del Derecho de la propiedad, el Derecho de familia, las compensaciones por daños y otras materias continúan

¹⁷ El centrarse en la aceptación colectiva es una común aproximación teórica a las instituciones jurídicas, aunque hay otras aproximaciones. Véase Miller (2019). Una influyente explicación filosófica es la ontología social de Searle. Véase Searle (1995). Hay un profundo desacuerdo entre filósofos, teóricos sociales y sociólogos sobre los rasgos de las instituciones sociales. Una aproximación socio constructivista intermedia o ecléctica que sea compatible con más de una explicación filosófica puede ser utilizada por los teóricos del Derecho y los teóricos sociales mientras se dejen de lado problemas fundamentales.

regulando los asuntos de la mayor parte de la población, especialmente en las zonas rurales (Tamanaha, 2008). La unificada respuesta común que Mead describe colapsa en respuestas comunes segregadas; una compartida por los actores jurídicos del sistema jurídico estatal en relación con las normas jurídicas que ellos crean y una segunda compartida por los miembros de la comunidad que colectivamente reconocen y construyen socialmente sus propias formas de Derecho (aunque ellos reconocen también que el sistema jurídico estatal existe).

Los filósofos analíticos del Derecho generalmente proyectan una visión del Derecho como un unificado monopolio jerarquizado. «En resumen», concluye Raz, un sistema jurídico es «un sistema de guía y de adjudicación que reclama una autoridad suprema en una sociedad determinada y, por lo tanto, cuando es eficaz, disfruta también de dicha autoridad» (2009, p. 43). Esto no sólo es incapaz de dar cuenta del pluralismo jurídico que prevalece hoy en muchas sociedades sino que tampoco puede hacerlo del periodo medieval cuando ninguna forma de Derecho reclamaba una completa autoridad suprema (Herzog, 2018, cap. 6 y Tamanaha, 2017a, pp. 105-107). A Raz se le escapa todo eso porque su idealizada explicación está basada en los juristas y las autoridades jurídicas que actúan en un sistema jurídico estatal, ignorando que el Derecho está construido no solo por autoridades jurídicas sino que también puede ser construido por los miembros de la comunidad.

7. Instrumentalismo, poder e ideales

El pragmatismo ofrece un punto de vista instrumental de todas las instituciones sociales. «Son herramientas e instrumentos de la comunidad», enfatiza Mead (1915, p. 153). «Ahora bien, es cierto que las disposiciones, las leyes, las instituciones están hechas para el hombre en vez de que el hombre esté hecho para ellas; todas ellas son medios y acciones para el bienestar y el progreso humano», observó Dewey (1948, p. 194). «El Derecho es, de los pies a la cabeza, un fenómeno social; social en origen, en propósito o fin y en aplicación» (Dewey, 1941, p. 76). «Una determinada disposición jurídica es lo que *hace*, y lo que hace radica en el campo de modificar y/o mantener las actividades humanas como tareas en marcha» (1941, p. 77).

De ello se sigue que el Derecho sea visto como un instrumento del que uno debe conocer sus consecuencias reales (Dewey, 1941, p. 84), y que debe ser evaluado en los términos de si consigue exitosamente los fines deseados así como de si esos fines son socialmente beneficiosos (Dewey, 1916). «Para ello exige que la inteligencia, el empleo de los mejores métodos y los materiales científicos disponibles, sean utilizados para investigar, en los términos del contexto de las situaciones reales, las consecuencias de las normas jurídicas y de las propuestas de decisiones jurídicas y de actos legislativos», escribió Dewey (1941, p. 84). La jurisprudencia sociológica de Pound, expuesta antes, personifica la perspectiva de esta explicación del Derecho como un mecanismo de ingeniería social y su defensa de un estudio científico social del Derecho en acción.

La perspectiva instrumental del Derecho de Rudolph von Ihering, articulada en la segunda mitad del siglo XIX (con el precedente temprano de Jeremy Bentham) presagiaba el pragmatismo y fue respaldada por Pound. Para contrarrestar las explicaciones prevalentes del Derecho como un destilado de las costumbres del pueblo o un producto de la razón, Ihering sostenía que el Derecho es un instrumento usado para fines individuales y sociales. «A lo largo del tiempo», escribió, «los intereses de miles de individuos, y de todas las clases, han resultado vinculados a los principios existentes del Derecho de una forma tal que estos últimos no pueden ser eliminados sin causar enormes perjuicios a los primeros... De aquí que cada una de tales tentativas, en natural obediencia a la ley de auto-conservación, demanda en lo

sucesivo la más violenta oposición de los intereses puestos en peligro y con una lucha en la que, como en toda lucha, el tema no se decide por el peso de la razón sino por la relativa fortaleza de las fuerzas opuestas» (1915, pp. 10-11). El cambio jurídico es propulsado por esta permanente lucha sobre y a través del Derecho en conexión con los intereses individuales y colectivos en concurrencia, en el contexto de los permanentes desarrollos social, cultural, económico, tecnológico y ecológico.

Ver al Derecho como un instrumento da pie a preguntas sobre quién controla y hace uso del mismo y con qué fines. En la explicación ideal, apoyada frecuentemente por las autoridades jurídicas así como por los teóricos del Derecho, el Derecho es un instrumento para el avance del bienestar público y del bien común; un instrumento que mantiene un orden social justo –ayudando a coordinar conductas y resolver disputas, promoviendo orden, estabilidad, certeza y predictibilidad y limitando el ejercicio arbitrario del poder gubernamental. Los teóricos del Derecho frecuentemente identifican estas funciones con las funciones centrales del Derecho (Ehrenberg, 2016, cap. 8). La perspectiva crítica, por el contrario, acostumbrada al poder y a la injusta distribución de la riqueza y los recursos, sostiene que el Derecho opera como un medio de dominación que afianza y fortalece las jerarquías sociales, económicas y políticas a lo largo de varias líneas: casta, raza, riqueza y clase, género, religión y otros. Esta función del Derecho frecuentemente no está formulada de manera expresa, sino que es latente y se manifiesta a través de su funcionamiento. Las teorías del Derecho tienden a enfatizar una u otra perspectiva. Una teoría realista sostiene que el Derecho es lo que hace e incorpora tanto una explicación ideal como una perspectiva crítica.

La mayoría de las teorías del Derecho se centran en las funciones ideales (esto es, que el Derecho coordina la conducta social, que el Derecho es un sistema planificador que resuelve problemas morales, etc.), situando la dominación, si es que esta fuera mencionada, como un efecto colateral o un abuso del Derecho. La dominación, sin embargo, es un aspecto permanente del Derecho. Un académico influyente del desarrollo estatal remarcaba que «siempre se encuentra una gran injusticia en la creación de los Estados. Algunos, la minoría feliz, son ricos y poderosos y todos los demás, la gran mayoría, son pobres y débiles» (Claessen, 2002, pp. 101-104). El Derecho impone esta organización. «El Estado sirve, entonces, para mantener la posición privilegiada de la clase dirigente que está ampliamente basada en la explotación y degradación económica de las masas» (Tainter, 1988, p. 83). Hay muchos ejemplos históricos de realización jurídica de la jerarquía: el Código de Hammurabi está lleno de protecciones jurídicas de gente de estatus superior, el Derecho romano tenía a los ciudadanos varones adultos y nacidos libres en la cumbre, con todos los demás como jurídicamente inferiores; las leyes esclavistas en los Estados Unidos sojuzgaron a los esclavos y a sus descendientes como una propiedad de sus amos; muchos sistemas jurídicos pasados y presentes colocan a las esposas en posiciones de inferioridad respecto de sus maridos (Tamanaha, 2017a, pp. 93-98). El Derecho en las modernas sociedades liberales continua reflejando los intereses de las élites, no obstante por vía de la riqueza y los derechos de propiedad más que imponiendo diferentes estatus jurídicos. Holmes declaró (1873, pp. 582-583):

Cualquier organización que pueda detentar, en algún momento, el poder supremo es seguro que tiene intereses contradictorios con los de otros que se le han enfrentado fallidamente. Los intereses más poderosos deben verse reflejados más o menos en la legislación, la cual, como cualquier otro instrumento humano o animal, debe contribuir a largo plazo a la supervivencia del más apto.

La legislación «está realizada necesariamente con un propósito por el cual una organización, teniendo el poder, impone las cargas que le resultan desagradables sobre los hombros de cualquier otro» (1873, pp. 582-583).

La influencia de la riqueza sobre el Derecho es palmariamente evidente en los Estados Unidos de hoy en día donde miles de millones de dólares, enviados por las corporaciones y por particulares pudientes, fluyen hacia el sistema político con presiones de *lobby* y contribuciones a campañas que buscan legislaciones y acciones regulatorias favorables; los representantes de las corporaciones de intereses transitan hacia las posiciones superiores del gobierno y de las agencias públicas para implementar las iniciativas legislativas deseadas (Tamanaha, 2006, cap. 11). El dinero también influye en los nombramientos judiciales. En el nivel federal, la conservadora *Federalist Society*, que recientemente recibió 250 millones de dólares en apenas cuatro años de donantes anónimos, ha creado una influyente red de juristas, con puntos de vista económica y socialmente conservadores, entre quienes han sido nombrados, en un significativo número de casos, jueces de las cortes federales por parte de las administraciones republicanas, incluyendo la actual mayoría conservadora en el Tribunal Supremo (O'Harrow y Boburg, 2019). En el nivel estatal, millones de dólares son gastados actualmente en las elecciones judiciales, la mayoría de los cuales por corporaciones que buscan un tratamiento condescendiente por parte de los tribunales supremos de los Estados (Tamanaha, 2006, cap. 10).

Los pragmatistas no abordaron con amplitud el ejercicio del poder (Hildreth, 2009), aunque claramente reconocieron su importancia. Los pragmatistas, explicaba James, «se orientan hacia lo concreto y lo idóneo, hacia los hechos, hacia las acciones y hacia el poder» (1975, p. 31). Dewey, que lamentó que la industria norteamericana enfatizase los rendimientos económicos por encima de todos los demás valores (1960, pp. 282-283), alertó sobre el «genuino y extremadamente serio problema» que «afecta a la organización económica y jurídica de la sociedad, a consecuencia del cual el conocimiento que regula la actividad es, en gran medida, monopolio de unos pocos y es usado por ellos en favor de intereses privados y de clase y no para el uso general y común» (1960, p. 80).

Dewey sostuvo que «el Derecho es esencialmente una formulación del uso de la fuerza» con propósitos instrumentales (1916, p. 367) e instó al escrutinio crítico para discernir si la fuerza jurídica se aplica en el sentido de desarrollar (o dañar) los intereses sociales (1916, pp. 363-367). Fue crítico con afirmaciones del tipo «la fuerza está santificada por el mero hecho de que sea el Estado quien la usa o por el hecho de que sea ejercida en interés de la «justicia»; que es el castigo en abstracto o lo que elegantemente se denomina la «vindicación del Derecho» (1916, pp. 363-364). «Si uno se para a considerar la cuestión, habría que preguntarse si no hay algo raro en el hecho de que los hombres debieran considerar que la lealtad al “Derecho”, a los principios, a los estándares, a los ideales, sea una virtud inherente impuesta sobre ellos por exigencias de la justicia» (Dewey, 1960, p. 278).

Además de reconocer que el Derecho es una forma de poder coercitivo y que está tanto influido sustantivamente por poderosos elementos de la sociedad como que él mismo contribuye al mantenimiento de estos últimos, una teoría realista también reconoce que los ideales patrocinados por las autoridades jurídicas y por el público en general tienen un impacto central en el Derecho. Los ideales sobre el Derecho, particularmente las demandas de que el Derecho represente la justicia y el bien común, así como las ideas de libertad, igualdad, debido proceso y equidad proporcionan estándares para evaluar, criticar y reformar el Derecho. Recurrir a

ideales ayuda a generar un mejor estado de la sociedad y del Derecho¹⁸. Al enfatizar su potencial optimizador [melioristic], Dewey observaba que «el ideal se realiza a través de su propio uso como un instrumento o método de inspección, experimentación, selección y combinación de concretas operaciones naturales» (1948, p. 121). Las leyes «son medios y acciones para el bienestar humano y del progreso» (1948, p. 194).

El ideal de que el Derecho sirve al bien común, al bienestar social y a la justicia hace surgir cuestiones permanentes sobre cómo completar y evaluar el contenido y las implicaciones de los ideales, particularmente frente desacuerdos permanentes y profundos. Los pragmatistas, como se indicó al comienzo, son críticos con las declaraciones sobre lo universal, absoluto, los principios inmutables de lo correcto o de la moralidad; una negación que parece privar a la gente de estándares objetivos para evaluar y guiar al Derecho.

Un conjunto de valores derivable del pragmatismo está conectado con las normas de la investigación científica efectiva: desafiar las tesis existentes, evaluar las evidencias a favor y en contra, formular nuevas hipótesis, contestar cuestiones y considerar análisis, escuchar las críticas y tomar en consideración los puntos de vista opuestos¹⁹. El filósofo Hilary Putnam observó sobre estas normas de la investigación: «la buena ciencia requiere respeto por la autonomía, reciprocidad simétrica y discurso ético» los cuales «requieren la democratización de la investigación» (1995, pp. 220-221; también Misak, 2019). Al facilitar la adquisición de conocimiento en todos los campos de la investigación, incluyendo la ética, estos valores epistémicos se superponen con los valores morales (1995, p. 218), y pueden ser ampliados al sostenimiento de valores cercanos como la libertad de expresión (Misak, 2019, p. 205). Cuanto más lejos lo extrapole uno más allá de las normas directamente incluidas en la investigación científica, más tenue se vuelve, sin embargo, la conexión con el pragmatismo. Más al grano, estos valores epistémicos tienen un objetivo limitado que no puede producir un conjunto sustantivo de principios morales universales o una visión del bien²⁰. Para Dewey, explica el filósofo Axel Honneth, la concepción del bien como un «fin definitivo o absoluto en la vida» en la tradición clásica «que presupone una objetiva jerarquía de valores, no es aceptable bajo las condiciones de una moralidad reflexiva por la simple razón de que los criterios con una plausibilidad a priori para evaluar las formas de vida ya no están disponibles» (1998, pp. 700-701).

Pound afirmaba que el Derecho debería encontrar un equilibrio entre los intereses sociales en conflicto «para ordenar las actividades humanas en su empeño por satisfacer sus exigencias, así como para posibilitar la satisfacción de cuantas más de ellas sea posible dentro del esquema global de exigencias y con la menor fricción y costes» (1941, p. 251; también Pound, 1943). Las imperfecciones en su propuesta son obvias. No todas las exigencias son normativamente aceptables o merecen ser satisfechas. «El hecho de que algo sea deseado solo hace surgir la *cuestión* de su deseabilidad; no la resuelve», remarcó Dewey (1960, p. 260), y no hay una vía evidente para cuantificar o atribuir pesos relativos a las exigencias o intereses por lo que no está claro cómo hacer compensaciones entre las exigencias en conflicto a los efectos de agregar la máxima satisfacción. Estas insuficiencias, nuevamente, indican la necesidad de un requerimiento de estándares sustantivos.

¹⁸ Sobre el potencial transformador de los ideales, véase Dewey (1948, pp. 120-121).

¹⁹ Estos valores están implicados en la investigación científica lo que no significa que están siempre reflejados en las prácticas científicas reales.

²⁰ Sobre la ausencia de principios morales universales en el pensamiento de Dewey, véase Eldrige (2013).

Los pragmatistas respondían a estas necesidades aparentes con un método y un proceso: «el instrumentalismo experimental» (Bernstein, 2010, p. 8). Dewey propone un reformismo inteligente, experimental, gradual en la creencia de que tenemos la capacidad de evaluar si los resultados son socialmente deseables a pesar de que haya un inevitable desacuerdo. Las acciones reformistas –tanto para reformar el derecho como para usar el Derecho para reformar la sociedad– deben estar basadas sobre debates serios con fundamento empírico sobre las condiciones sociales y jurídicas existentes, los fines sociales deseados y las probables consecuencias de diversas propuestas de cursos de acción. Comprometerse en reformas y, por tanto, observar sus consecuencias proporciona concreta información adicional que ayuda a evaluar su deseabilidad: ¿hay una reducción (o ampliación) en la extensión del sufrimiento humano? ¿ha mejorado la gente y, en su caso, en qué específicos sentidos? ¿Nos satisfacen los resultados tomando en consideración todos los factores? Y así sucesivamente. Siempre está disponible un rico conjunto de existentes y propuestos estándares valorativos a los que la gente eche mano para estas discusiones. Esto incluye un proceso continuo de investigación inteligente, acciones instrumentales para conseguir propósitos, atención a las consecuencias, evaluación de los resultados, medios e ideales, ajustes entre acciones y propósitos y vuelta a hacerlo. «Los fines se amplían, los estándares de juicio se mejoran», escribió Dewey. «El hombre está tanto bajo la obligación de desarrollar sus más avanzados estándares e ideales como de usar conscientemente aquellos que ya posee» (1948, p. 490). Las inmensas complejidades relativas a la interconectividad social, la opaca causalidad múltiple, la contingencia y la arbitrariedad, los límites en la información, entre otras incógnitas, en lo más alto de los desacuerdos genuinos sobre la justicia y el bien común conllevan que las incertidumbres no pueden ser eliminadas. Debemos hacer un esfuerzo de buena fe para hacer lo correcto y seguir adelante. Cuando evaluamos el Derecho, «el estándar se encuentra en las consecuencias; en función de lo que ocurre en la sociedad» (1948, p. 84).

Un ejemplo reciente de este proceso es la Ley de Atención Sanitaria Asequible [*Obamacare*], a la que se opuso vehementemente el Partido Republicano por ser innecesaria, demasiado costosa y eliminar la elección individual, entre otras objeciones. Los estudios sobre las consecuencias de la Ley han mostrado que la ratio de gente no asegurada descendió a los niveles más bajos de la historia, ha mejorado el tratamiento sanitario, se han reducido las dificultades para el abono de las facturas médicas y el incremento *per capita* anual en costes médicos es más bajo de lo que era antes de que la Ley fuera aprobada²¹. Algunas previsiones han demostrado ser tan populares entre el público –particularmente la prohibición de denegación de cobertura o del incremento de prima sobre las condiciones pre-existentes– que los republicanos prometieron preservarlas aun cuando pretenden revocar la Ley en pos de sustituirla por un sistema mejor²². La política sin duda seguirá de un lado para otro. Dewey comprendió que el conflicto es inevitable y que éste no es *naïve* e influye en los fracasos de la democracia. «El punto central es cómo uno *responde* al conflicto y esto requiere imaginación, inteligencia y resolución para solucionar problemas concretos» (Bernstein, 2010, p. 84).

El instrumentalismo experimental es superior a la rígida adhesión a principios o fines fijos que no se acomodan fácilmente a las variaciones y a los cambios de circunstancias sobrevenidas y la fundamentación, contenido, interpretación y aplicación de los presuntos principios del Derecho natural, la justicia y el bien común, está, de cualquier manera, en incesante disputa. La crítica de que el pragmatismo

²¹ Para un resumen, véase Aron-Dine (2019).

²² Hasta ahora, las propuestas legislativas de los Republicanos en el Congreso no han estado a la altura de esas promesas, vid. Pear (2019).

desactiva la autoridad moral a causa de la eliminación de los valores objetivos es errónea. Que no rijan esos atemporales y universales absolutos no se debe al pragmatismo sino a las limitaciones y finitud de nuestra existencia, a la ausencia de un punto de apoyo arquimédico. El pragmatismo simplemente reconoce esto y procede con el discurso moral como se dijo antes: esquiva el quimérico recurso a inexistentes proposiciones universales. Más que comprometerse en debates ya superados sobre qué principios (o las proposiciones auto-evidentes, etc.) son *los* objetivamente correctos, el pragmatismo se centra directamente en la discusión sobre la deseabilidad de unos ideales dados y de sus reales consecuencias sociales.

Dewey, un humanista comprometido, ofrece un fin sustantivo que creía podría hacer mejorar a la gente y a la sociedad: «el “significado” y el “propósito”» para toda institución social, incluyendo el Derecho, «es emancipar y desarrollar las capacidades de los individuos sin importar la raza, el sexo, la clase o el estatus económico» (1948, p. 186). Este es el compromiso personal de Dewey (asumido por otros muchos en las sociedades liberales) consistente con los valores epistémicos enfatizados por el pragmatismo aunque no estrictamente derivado de ellos²³. Sin embargo, este no es un atemporal valor universal que los pragmatistas sostienen que no existe. Contra el supremacismo blanco, Dewey no puede invocar un Derecho natural a la igualdad humana o un principio universal de respeto para todos los seres humanos²⁴. En cambio, sustentado en datos empíricos de apoyo y en argumentos morales, él puede argüir que los blancos no son de hecho superiores, que el racismo es irracional, que uno debiera respetar a las otras razas tanto como a la propia, que el racismo infringe injustificado dolor en los demás y es socialmente nocivo, y así en adelante, comprometiéndose en un debate con el supremacista blanco con la esperanza de encontrar una base común a partir de la cual convencerle de su error.

Una teoría realista del Derecho no incorpora ninguna visión particular del bien o un conjunto de principios morales. En una teoría realista, los valores entran en juego a través de cuatro vías. Primera, adopta los valores epistémicos patrocinados por el pragmatismo para alcanzar verdades –investigación colectiva, apertura a la crítica y a los puntos de vista alternativos, escrutinio de las evidencias en apoyo y en contra, experimentación y atención a las consecuencias, etc. Segunda, ya que los valores (como el poder) son centrales en la sociedad y en el Derecho, los teóricos deben atender a las influencias naturalistas de los valores, los diferentes usos de los valores y las consecuencias de los valores (y del poder) como una cuestión descriptiva o positiva, observando los hechos de las cuestiones sobre valores. Tercera, los teóricos, científicos sociales y todo aquel que utilice la teoría estarán orientados por compromisos normativos sobre qué problemas investigar y qué soluciones podrían ser deseables, ya que los valores afectan la aplicación de la teoría y sus resultados tienen implicaciones valorativas. Finalmente, el punto de vista pragmático de que las teorías deberían ser elaboradas en el sentido de capacitar a la gente para afrontar los problemas existentes es, ella misma, una orientación valorativa adoptada por la teoría realista. Una teoría realista del Derecho enfrenta esto mediante la mejora de la comprensión de lo que el Derecho es y lo que hace.

²³ Este fin es básicamente el mismo que Honneth identifica como la posición de Dewey desde el comienzo de su carrera filosófica, antes de su conversión al pragmatismo, observando: «la teoría moral en su conjunto como una ética de la auto-realización» (1998, p. 692). Además de hablar más tarde de «crecimiento» como un fin, el mayor cambio en el pensamiento de Dewey estaba conectado con la auto-realización para avanzar al bienestar de la comunidad (1998, p. 694).

²⁴ Honneth afirma: «en el trabajo de Dewey no hay referencia a un principio que podría justificar por qué estamos obligados moralmente respecto todos los seres humanos» (1998, p. 703).

8. Conclusión

El Derecho implica una interacción entre las necesidades naturales y las tendencias humanas de vivir en grupos sociales; un complejo de instituciones en desarrollo históricamente enraizadas y contingentes; la influencia de los interconectados factores sociales, económicos, políticos, ecológicos y tecnológicos; permanentes luchas entre intereses sociales en conflicto sometidos al poder y a los ideales, asimilados en el conocimiento jurídico, las instituciones y las prácticas y expresados en instituciones que crean, aplican y hacen cumplir el Derecho en el amplio campo social de los actores implicados en acciones significativas en busca de sus propios proyectos (incluyendo el recurso a otras formas de coexistencia del Derecho cuando proceda), resultando en consecuencias intencionadas e inintencionadas cuya totalidad es generalmente estable mientras que experimentan un cambio continuo. Eso es lo que sigue de observar lo que hace el Derecho, lo que la gente hace con el Derecho, cómo la gente piensa sobre y actúa en relación con el Derecho y cuáles son las consecuencias del Derecho. He propuesto múltiples ejemplos de cómo esta perspectiva teórica genera conocimientos sobre el Derecho contrarios o ignorados por la contemporánea filosofía analítica del Derecho que se caracteriza por su reduccionismo y escasa atención a los factores naturales y a la historia o al contexto social. El espacio del Derecho se ve mucho más rico y más complejo a través de las lentes de una teoría realista, que puede ayudar a capacitar a teóricos y a juristas a tratar de resolver los exigentes problemas de la actualidad.

Las características subrayadas en este artículo se articulan con el marco teórico de comprender al Derecho dentro de la sociedad. Naturalismo, historicismo, holismo y constructivismo social son aspectos de una ontología social del Derecho. El naturalismo presta atención a las vías en que las características naturales de los humanos y las exigencias sociales influyen y se desarrollan en el Derecho; el historicismo reconoce que el Derecho es una herencia de largo recorrido que estructura el presente mientras que cambia con el tiempo; el holismo enfatiza que el Derecho está interconectado con la totalidad social, conformado por y constituyendo aspectos de un entorno social, cultural, económico, político, tecnológico y ecológico más amplio; el constructivismo social es una perspectiva a nivel de base que presta atención a cómo las autoridades jurídicas y la gente comprende y da lugar al Derecho y actúa en relación con el Derecho. La primera examina las influencias naturalistas fundamentales y los imperativos sociales que fluyen a través del Derecho; la segunda y la tercera examinan el Derecho conforme avanza el tiempo en la sociedad; la cuarta es una perspectiva cercana al Derecho en acción. Lo que les convierte en aspectos de la ontología social es que cada una de ellas es una condición de la existencia del Derecho como una institución social y, más en general, de todas las instituciones sociales. Entender las implicaciones de las cuatro para el Derecho en sociedad requiere metodológicamente aportaciones que cruzan las ciencias empíricas.

Instrumentalismo, poder e ideales no son aspectos de la ontología social del Derecho en el mismo sentido de los anteriores cuatro aspectos. El poder y los ideales han sido largamente centrales para muchas formas del Derecho, mientras que el instrumentalismo jurídico deviene crecientemente crucial en las dos últimas centurias. Los estudios científicos apuntan a esos factores como específicamente centrales para el Derecho en la sociedad. Esto no es una exclusiva o exhaustiva lista de aquello sobre lo que una teoría realista debe focalizarse. Más bien, ellas han sido identificadas como características de una teoría realista por su importancia para el Derecho y cada una tiene particular prominencia para los tipos de preocupaciones y temas que ocupan la atención de los teóricos contemporáneos, científicos sociales, agentes gubernamentales, reformadores sociales y demás interesados en el Derecho.

Observar esas características ayuda a captar los temas que preocupan a mucha gente en relación con el Derecho.

El pragmatismo nos dice que las teorías proporcionan vías de comprensión y enmarcan los temas existentes para obtener conocimiento y hacer avanzar nuestros propósitos. Una teoría es válida si prueba su fertilidad al ser aplicada, aunque ninguna teoría lo capte todo y las teorías alternativas que obtienen diferentes comprensiones, hechos e implicaciones normativas son siempre posibles. Las características de una teoría realista del Derecho descritas en este artículo son coherentes porque, en su conjunto, sirven para la temática del Derecho en sociedad y el encuadramiento que generan *funciona*, esto es, nos ayuda a comprender al Derecho, criticar el Derecho y utilizar el Derecho para nuestros propósitos.

Bibliografía

- Aquinas, Th. (1987 [1273]). *Treatise on Law*. Washington, United States: Regnery Gateway.
- Aron-Dine, A. (2019). The Impact of the Administration's Policies Affecting the Affordable Care Act. Declaración ante el Congreso, 6 de febrero. *Center on Budget and Policy Priorities*. Recuperado de <https://www.cbpp.org/health/impact-of-the-administrations-policies-affecting-the-affordable-care-act> (consultado el 7 de septiembre de 2020).
- Bernstein, R.J. (2010). *The Pragmatic Turn*. Cambridge, EE.UU: Polity Books.
- Bix, B. (2015). *Jurisprudence. Theory and Context* (7ª ed). North Carolina, EE.UU: Carolina Academic Press.
- Brown, D.E. (1991). *Human Universals*. New York, EE.UU: McGraw Hill.
- Carneiro, R.L. (1981). The Chifdom: Precursor of the State. En G.D. Jones y R.R. Kautz, (Eds.), *The Transition to Statehood in the New World* (pp. 37-79). Cambridge, EE.UU: Cambridge University Press.
- Chirayath, L., Sage, C. y Woolcock, M. (2005). *Customary Law and Policy Reform: Engaging with the Plurality of Legal Systems*. Washington, EE.UU: World Bank.
- Claessen, H.J.M. (2002). Was the State Inevitable? *Social Evolution & History*, 1, pp. 101-117.
- Coleman, J. (1998). Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis. *Legal Theory*, 4, pp. 381-425.
- Coyle, S. (2013). Legality and the Liberal Order. *Modern Law Review*, 76, pp. 401-418.
- Dewey, J. (1914). Nature and Reason in Law. *International Journal of Ethics*, 25, pp. 25-32.
- Dewey, J. (1916). Force and Coercion. *International Journal of Ethics*, 26, pp. 359-367.
- Dewey, J. (1924). Logical Method and Law. *Cornell Law Quarterly*, 10, pp. 17-27.
- Dewey, J. (1926). The Historic Background of Corporate Legal Personality. *Yale Journal*, 35, pp. 655-673.
- Dewey, J. (1941). My Philosophy of Law. En Julius Rosenthal Foundation (ed.). *My Philosophy of Law. Credo of Sixteen American Scholars* (pp. 73-85). Boston, EE.UU: Boston Law Book.
- Dewey, J. (1948). *Reconstruction in Philosophy* (2ª ed.). Boston, EE.UU: Beacon Press.
- Dewey, J. (1960 [1929]). *The Quest for Certainty*. New York, EE.UU: Capricorn Books.
- Dewey, J. (1963 [1931]). *Philosophy and Civilization*. New York, EE.UU: Capricorn Books.

- Dewey, J. (1982). The Development of American Pragmatism. En H.S. Thayer, (Ed.). *Pragmatism: The Classic Writings* (pp. 23-43). Massachusetts, EE.UU: Hackett Publishing Co.
- Dickson, J. (2001). *Evaluation and Legal Theory*. Oxford, UK: Hart Publishing Company.
- Ehrenberg, K.N. (2016). *The Functions of Law*. Oxford, UK: Oxford University Press.
- Eldridge, M. (2013). Dewey, John. En *International Encyclopedia of Ethics*, Wiley Online Library. Oxford, UK: Blackwell Publishing.
- Finnis, J. (1980). *Natural Law and Natural Rights*. Oxford, UK: Clarendon Press.
- Finnis, J. (1993). Law, Morality and Sexual Orientation. *Notre Dame Law Review*, 69, pp. 1049-1076.
- Flannery, K. y Marcus, J. (2012). *The Creation of Inequality: How our Prehistoric Ancestor set the Stage for Monarchy, Slavery, and Empire*. Cambridge, EE.UU: Harvard University Press.
- Green, L. (2013). The Morality in Law. En L. Duarte D'Almeida, J. Edwards y A. Dolcetti, (Eds.). *Reading H.L.A. Hart's The Concept of Law*. Oxford, UK: Hart Publishing Company.
- Green, L. (2016). The Forces of Law: Duty, Coercion, and Power. *Ratio Juris*, 29, pp. 164-181.
- Haack, S. (2005). On Legal Pragmatism: Where Does "The Path of the Law" Lead Us? *American Journal of Jurisprudence*, 50, pp. 71-105.
- Haack, S. (2006). Introduction: Old and New. En S. Haack, *Pragmatism Old and New: Selected Writings*. Nueva York, EE.UU: Prometheus Books.
- Haack, S. (2018). The Pragmatist Tradition: Lessons for Legal Theory. *Washington University Law Review*, 95, pp. 1049-1082.
- Haidt, J. (2007). The New Synthesis in Moral Psychology. *Science*, 316, pp. 998-1002.
- Hart, H.L.A. (1961). *The Concept of Law*. Oxford, UK: Clarendon Press.
- Herzog, L. (2014). Adam Smith's Account of Justice between Naturalness and Historicity. *Journal of the History of Philosophy*, 52, pp. 703-726.
- Herzog, T. (2018). *A Short History of European Law*. Cambridge, EE.UU: Harvard University Press.
- Hildreth, R.W. (2009). Reconstructing Dewey on Power. *Political Theory*, 37, pp. 780-807.
- Holmes, O.W. (1873). The Gas Stoker's Strike. *American Law Review*, 7, pp. 582-584.
- Holmes, O.W. (2005 [1881]). *The Common Law*. New Jersey, EE.UU: Transaction Publishers.
- Honneth, A. (1998). Between Proceduralism and Teleology: An Unresolved Conflict in Dewey's Moral Theory. *Transactions of the Charles Peirce Society*, 34, pp. 689-711.
- Ihering, R. von. (1915 [1879]). *The Struggle for Law*, trad. John J. Lalor. Chicago, EE.UU: Callaghan and Co.
- James, W. (1975). *Pragmatism and the Meaning of Truth*. Cambridge, EE.UU: Harvard University Press.
- James, W. (1996). *A Pluralistic Universe*. Nebraska, United States: University of Nebraska Press.
- Krygier, M. (1986). Law as Tradition. *Law and Philosophy*, 5, pp. 237-262.
- MacCormick, N. (2007). *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*. Oxford, UK: Oxford University Press.
- Mead, G.H. (1915). Natural Rights and the Theory of the Political Institution. *Journal of Philosophy*, 12, pp. 141-155.
- Mead, G.H. (1918). The Psychology of Punitive Justice. *American Journal of Sociology*, 23, pp. 577-602.
- Mead, G.H. (1938). *The Philosophy of the Act*. Chicago, EE.UU: Chicago University Press.
- Mead, G.H. (1962). *Mind, Self, and Society*. Chicago, EE.UU: University of Chicago

Press.

- Mikhail, J. (2007). Universal Moral Grammar: Theory, Evidence and the Future. *Trends in Cognitive Science*, 11, pp. 143-152.
- Miller, S. (2019). Social Institutions. En E.N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Recuperado de <https://plato.stanford.edu/archives/sum2019/entries/social-institutions/> (consultado el 4 de septiembre de 2020).
- Misak, C. (2019). Dewey on the Authority and Legitimacy of Law. En S. Fesmire (ed.), *The Oxford Handbook of Dewey*. Oxford, UK: Oxford University Press.
- O'Harrow, R. y Boburg, S. (21 mayo, 2019). A Conservative Activist's Behind the Scenes Campaigning to Remake the Nation's Courts. *Washington Post*. Recuperado de https://www.washingtonpost.com/graphics/2019/investigations/leonard-leo-federalists-society-courts/?utm_term=.c0de0e609cfc (consultado el 7 de septiembre de 2020).
- Pear, R. (20 abril, 2019). Republicans Offer Health Care Bills to Protect Patients (and Themselves). *New York Times*. Recuperado de <https://www.nytimes.com/2019/04/20/us/politics/pre-existing-conditions-trump-administration.html> (consultado el 7 de septiembre de 2020).
- Peirce, C.H. (1982). Definition and Description of Pragmatism. En H.S. Thayer, (Ed.), *Pragmatism: The Classic Writings* (pp. 48-61). Massachusetts, EE.UU: Hackett Publishing Co.
- Pound, R. (1907). The Need of a Sociological Jurisprudence. *A.B.A. Annual Reports*, 30, pp. 911-925.
- Pound, R. (1941). My Philosophy of Law. En Julius Rosenthal Foundation (ed.). *My Philosophy of Law. Credos of Sixteen American Scholars* (pp. 249-262). Boston, EE.UU: Boston Law Book.
- Pound, R. (1943). A Survey of Social Interest. *Harvard Law Review*, 57, pp. 1-39.
- Putnam, H. (1995). Pragmatism and Moral Objectivity. En M. Nussbaum y J. Glover, (eds.), *Women, Cultural, and Development: A Study of Human Capabilities* (pp. 199-224). Oxford, UK: Oxford University Press.
- Putnam, H. y Putnam, R.A. (2017), *Pragmatism as a Way of Life: The Lasting Legacy of William James and John Dewey*. Cambridge, EE.UU: Harvard University Press.
- Raz, J. (2009). *Between Authority and Interpretation* (2ª ed.). Oxford, UK: Oxford University Press.
- Raz, J. (2009). *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* (2ª ed.). Oxford, UK: Oxford University Press.
- Ritchie, J. (2008). *Understanding Naturalism*. London, UK: Acumen Publishing.
- Rorty, R. (1979). *Philosophy and the Mirror of Nature*. New Jersey, EE.UU: Princeton University Press.
- Sapolsky, R.M. (2017). *Behave: The Biology of Humans at Our Best and Worst*. London, UK: Penguin Press.
- Schuppe, J. (27 abril, 2019). Blame My Brain: A Killer's Bold Defense Gets a Court Hearing. NBC News. Recuperado de <https://www.nbcnews.com/news/us-news/blame-my-brain-killer-s-bold-defense-gets-court-hearing-n998676>. (Consultado el 3 de septiembre de 2020).
- Searle, J.R. (1995). *The Construction for Social Reality*. New York, EE.UU: Free Press.
- Searle, J.R. (2010). *Making the Social World. The Structure of Human Civilization*. Oxford, UK: Oxford University Press.
- Shapiro, S. (2011). *Legality*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Smith, A. (1986). *The Essential Adam Smith*. R.L. Heilbroner (ed.). New York, EE.UU: W.W. Norton & Co.
- Stein, G.J. (1998). Heterogeneity, Power, and Political Economy: Some Current Research Issues in the Archaeology of Old World Complex Societies. *Journal of Archaeological Research*, 6, pp. 1-44.
- Tainter, J.A. (1988). *The Collapse of Complex Societies*. New York, EE.UU: Cambridge

- University Press.
- Tamanaha B.Z. (1997). *Realistic Socio-Legal Theory: Pragmatism and a Social Theory*. Oxford, UK: Clarendon Press.
- Tamanaha, B.Z. (2006). *Law as a Means to an End: Threat to de Rule of Law*. New York, EE.UU: Cambridge University Press.
- Tamanaha, B.Z. (2008). Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global. *Sydney Law Review*, 30, pp. 375-411.
- Tamanaha, B.Z. (2017a). *A Realistic Theory of Law*. New York, EE.UU: Cambridge University Press.
- Tamanaha, B.Z. (2017b). Necessary and Universal Truths about Law. *Ratio Juris*, 30, pp. 3-24.
- Tamanaha, B.Z. (2018). Law's Evolving Emergent Phenomena: From Rules of Social Intercourse to Rule of Law Society. *Washington University Law Review*, 95, pp. 1149-1186.
- Tamanaha, B.Z. (2020). Sociological Jurisprudence Past and Present. *Law and Social Inquiry*, 45, pp. 493-520.
- Van Rooij, B. (2021, próximamente). Do People Know the Law? Empirical Evidence about Legal Knowledge and its Implications for Compliance. En B. Van Rooij y D.D. Sokol (eds.). *Cambridge Handbook of Compliance*. New York, EE.UU: Cambridge University Press.
- Wiener, P.P. (1965). *Evolution and the Founders of Pragmatism*. New York, EE.UU: Harper & Row.
- Wilson, E. (2012). *The Social Conquest of Earth*. New York, EE.UU: Liveright Publishing.